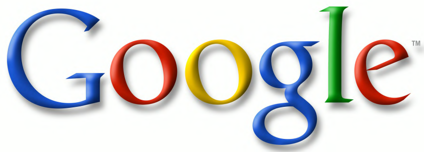
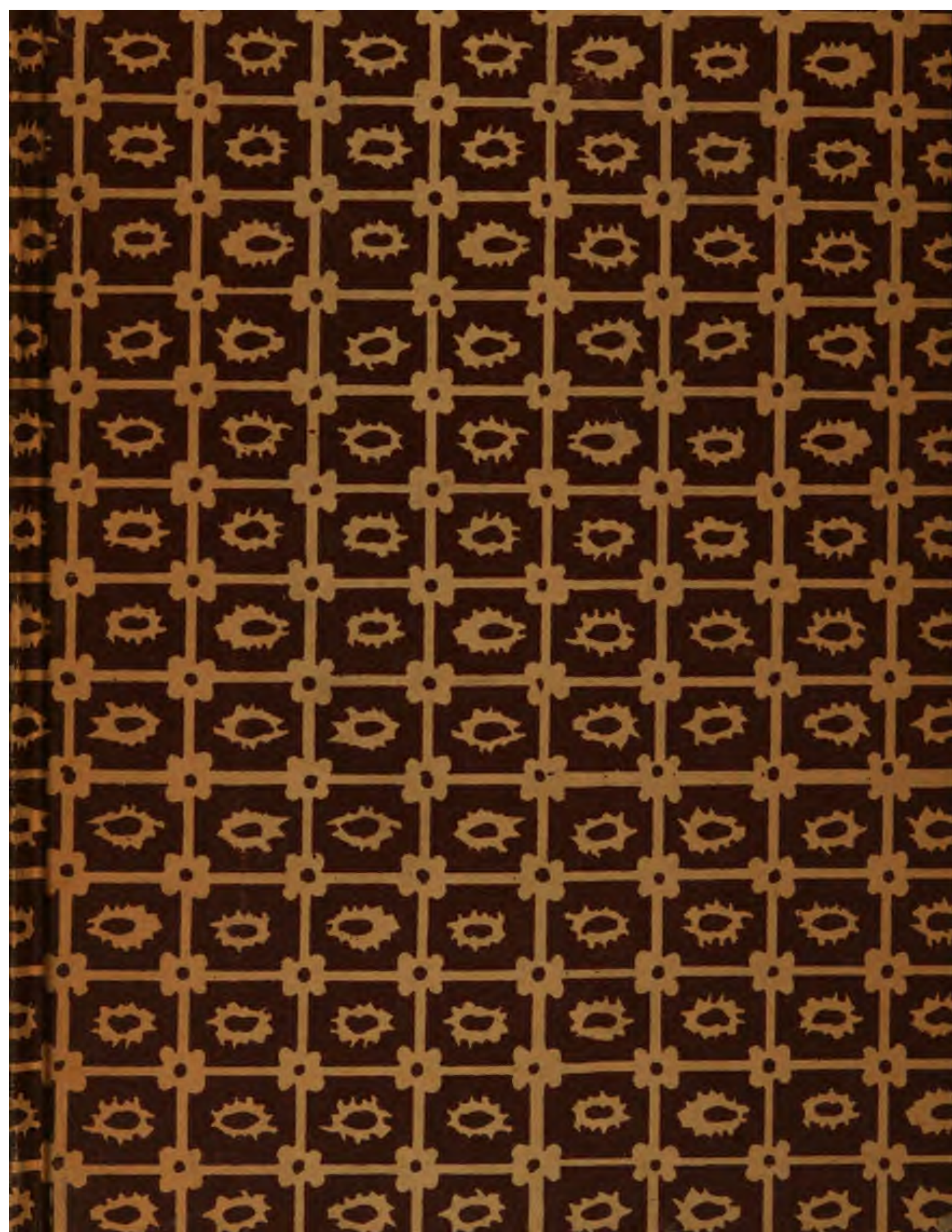




Juristische

Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling

Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat
und Professor an der Universität Greifswald.

Zweiter Band. II



Freiburg i. B.
Leipzig und Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1898.

Juristische Prinzipienlehre.

Zweiter Band.

Juristische

Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling
Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat
und Professor an der Universität Greifswald.

Zweiter Band.



Freiburg i. B.
Leipzig und Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1898.

Druck von Richard Menzel in Zittau.

Inhalt.

Zweites Buch.

Entstehen und Vergehen des Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Entstehung, Auflösung und Veränderung der Rechtsverhältnisse und ihre Beziehung zur Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen.

Zweiter Abschnitt.

Begriff und Arten der Rechtshandlungen.

Zweites Buch.

Entstehen und Vergehen des Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Entstehung, Auflösung und Veränderung der Rechtsverhältnisse und ihre Beziehung zur Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen.

§ 20.

Rechtsverhältnisse entstehen, wenn alle wesentlichen Merkmale des Rechtsverhältnis-Begriffs in konkreter Gestalt zuerst vereint erscheinen; sie gehen unter, wenn ein wesentliches Begriffsmoment dahinfällt.

Die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses erster Ordnung in seiner Totalität (als Gesamtverhältnis) ist immer nur denkbar unter gleichzeitiger Entstehung oder Aufhebung (Anerkennung oder Nicht-mehr-Anerkennung) der seinen Inhalt darstellenden Rechtsnormen. Die Entstehung und Auflösung eines blossen Teilverhältnisses als solchen setzt umgekehrt den Bestand bezw. Fortbestand der für das Gesamtverhältnis gültigen Normen voraus. Das Letztere gilt auch für die Entstehung und Auflösung subordinierter Rechtsverhältnisse, soweit ihr Inhalt ausschliesslich durch die Normen des superordinierten Rechtsverhältnisses bestimmt wird, während die diesen subordinierten, dem Rechtsverhältnisse niederer Ordnung eigentümlichen Rechtsnormen mit diesem entstehen und vergehen.

Die Veränderung eines Rechtsverhältnisses erschöpft sich in dem Wechsel irgendwelcher ihm z. Z. angehörigen Subjekte, Objekte oder Normen, die sowohl nach dem allgemeinen Rechtsverhältnis-Begriff, als nach der besonderen Natur des bezüglichen Verhältnisses nicht als ihm wesentlich anzusehen sind.

Eine vollständige Theorie von den Gründen der Entstehung, Auflösung und Veränderung der Rechtsverhältnisse, zumal von den verschiedenen Bedingungen, an deren Auslösung die Normen eines superordinierten Rechtsverhältnisses die Entstehung, Auflösung und Veränderung der denselben subordinierten Verhältnisse knüpfen können, ist nicht zu geben. Dagegen erscheint eine allgemeine Theorie von den Rechtshandlungen und im Anschluss daran von der Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen nicht nur möglich, sondern auch wissenschaftlich geboten.

1. Das innere Wesen und die allgemeine Struktur des Rechts, d. h. sowohl der Rechtsnormen als der Rechtsverhältnisse, deren Inhalt die ersteren bestimmen, — das war der Gegenstand unseres ersten Buches. Das Entstehen und Vergehen des Rechts, d. h. wiederum nicht nur der Rechtsnormen, sondern auch der von ihnen beherrschten Rechtsverhältnisse, — das soll das Thema des zweiten Buches sein.

Die gesamte bisherige Rechtswissenschaft hat die hiernach zu einer Einheit zu verbindenden Lehren je für sich behandelt: die Lehre von der Entstehung und dabei gelegentlich auch von der Aufhebung der Rechtsnormen als einen Teil der Lehre vom objektiven Rechte, unter der Firma „von den Rechtsquellen"; die Lehre von der Entstehung, Veränderung und Endigung der Rechtsverhältnisse dagegen als einen Teil der Lehre von den Rechtsverhältnissen oder noch gewöhnlicher vom subjektiven Rechte. Und vom Standpunkte der herrschenden Doktrin über objektives und subjektives Recht überhaupt erscheint dies auch nur natürlich. Aber ebenso gewiss folgt aus der im ersten Buche von uns dargelegten Grundanschauung vom Rechtsnorm und Rechtsverhältnis,[1])

[1]) Niemand wird verlangen, dass wir das dort Gesagte — auch selbst nur im Auszuge — hier wiederholen sollen. Dagegen scheint es mir Pflicht, soweit es im Rahmen der gegenwärtigen Darstellung möglich ist, wenigstens die beachtenswerteren Einwendungen, die inzwischen wider meine Ausführungen erhoben worden sind, besonders zurückzuweisen. Zuvörderst mögen hier einige Bemerkungen folgen zur nochmaligen Rechtfertigung unsers Begriffs der „Rechtsnorm", der von Hölder (Krit. Vierteljahrschr. f. Rechtswissenschaft, 3. F., Bd. I, S. 4 ff.) aus dreifachem Grunde angefochten wird: 1) wegen unsers Begriffs von „Norm" überhaupt oder m. a. W. wegen der Identifizierung von Norm und Imperativ; 2) wegen unsrer Behauptung,

dass die wissenschaftliche Darstellung des Entstehens und Vergehens der Rechtsverhältnisse mit der Darstellung des Entstehens und Vergehens der Rechtsnormen zu vereinigen, ja die erstere sogar zum Ausgangspunkte der ganzen Darstellung zu machen

dass alle Rechtssätze imperativischen oder Normencharakter haben (S. 11 und 12); 3) wegen unsrer Ansicht von der „Anerkennung der Rechtsgenossen" als dem Grunde der Geltung (S. 8—10). ... Was den ersten Punkt anlangt, so habe ich die Gründe, die mich bestimmen, „Norm" und „Imperativ" zu identifizieren, oder was dasselbe besagt, unter „Norm" stets nur eine Forderung an den Willen, „den Ausdruck eines Wollens, das seine Vollziehung von andern erwartet", zu verstehen, in § 3, Nr. 5 (Bd. I, S. 27—29) eingehend erörtert. Wenn Hölder dagegen bemerkt, jene Identifizierung von Norm und Imperativ sei willkürlich, so gebe ich ihm ohne weiteres zu, dass der Ausdruck „Norm" gelegentlich auch in anderm Sinne gebraucht wird. Leider hängt es mit der allgemeinen menschlichen Unvollkommenheit zusammen, dass uns die Sprache zum Ausdruck unserer Gedanken fast immer nur Worte darbietet, die schon einer mehrfachen Bedeutung sich erfreuen. Es bleibt also nichts übrig, als bei wissenschaftlichen Erörterungen sich bis zu einem gewissen Grade seinen eignen festen Sprachgebrauch zu bilden; und es ist darum meines Erachtens litterarische Anstandspflicht, selbst einen ganz subjektiven Sprachgebrauch als solchen einfach zu respektieren. Dass übrigens der unsrige in diesem Falle durchaus kein bloss subjektiver ist, bedarf angesichts der juristischen Litteratur der letzten zwei Jahrzehnte keines Beweises; hat sich doch der seit den bekannten Schriften Bindings und Thons sich abspielende Streit um die Natur des objektiven Rechts bisher nirgends darum gedreht, ob Normen und Imperative identisch, sondern auf der einen wie auf der andern Seite immer nur darum, ob alle Rechtssätze als Normen oder Imperative, oder vielmehr teilweise als Nicht-Normen, Nicht-Imperative anzusehen seien. Wenn Hölder ferner (S. 5) behauptet, „der Begriff der Norm sei identisch mit dem Begriffe des Gesetzes", so könnte ich mir diese Behauptung ja ganz ruhig gefallen lassen, sofern er dabei nur an den bekannten (weiteren) Begriff des Gesetzes im juristischen Sinne dächte. Indem er aber gleichzeitig Naturgesetze und logische Gesetze als Gesetze oder Normen für unser Denken, gewisse Zweckmässigkeitsregeln als Gesetze oder Normen für unser Handeln bezeichnet, macht er nicht nur den seltsamen Versuch, den Ausdruck Norm durch einen in Wahrheit noch viel mehrdeutigeren zu erklären, sondern er zeigt auch beiläufig, dass er bezüglich der angeführten andern Dinge auf vollständig falscher Fährte ist. Schon die Thatsache, dass bisher kein Mensch von Naturnormen gesprochen, dass es auch durchaus nicht üblich ist, von Denknormen oder gar von Zweckmässigkeitsnormen zu reden, hätte Hölder zu ernsten Bedenken wider seine Auffassung Anlass geben können. Genauer besehen, ist der Begriff des Naturgesetzes ursprünglich dem Gesetz im juristischen Sinne nachgebildet; „Naturgesetz" ist danach der Ausdruck

ist. Wenn alle Rechtsnormen immer und überall den Inhalt von Rechtsverhältnissen ausdrücken, vielleicht noch besser gesagt[2]) objektiv darstellen, so muss auch jede Entstehung und Aufhebung von Rechtsnormen entweder in der Entstehung oder der Auflösung

---

für eine Regel, die der Natur und ihren Kräften von Anfang an „gesetzt", d. h. für ihr Verhalten vorgeschrieben ist. Dies ist nun freilich nicht mehr die Anschauung der heutigen Naturwissenschaft, wenn sie auch den Ausdruck „Naturgesetz" beibehalten hat. Aber noch viel weniger denkt unsre Naturwissenschaft bei Naturgesetzen an Normen für unser Denken über Naturdinge. Vielmehr sieht sie in jedem Naturgesetz nichts anders, als den Ausdruck einer Erkenntnis darüber, wie die Naturdinge, als Atome, Moleküle, Körper, Massen u. s. w. in „gesetzmässiger", d. h. völlig gleichbleibender, womöglich durch eine bestimmte mathematische Formel zu charakterisierender Weise thatsächlich sich verhalten. Das Naturgesetz ist also nicht sowohl „Gesetz" als vielmehr Ausdruck einer erkannten Wahrheit, oder wenn man lieber will, ein „Lehrsatz", genau so, wie irgend ein rein mathematischer Lehrsatz. Und ganz dasselbe gilt von den „logischen Gesetzen". Der Satz der Identität und der Satz des Widerspruchs sind nichts anderes, als zwei Grundwahrheiten oder Axiome, ohne deren Anerkennung ein vernünftiges Denken überhaupt unmöglich erscheinen müsste. Dass aber auch alle „Zweckmässigkeitsregeln" nur von diesem Gesichtspunkte aus einer wissenschaftlichen Bearbeitung fähig sind, dürfte für jeden, der sich die Mühe nimmt, einer einzelnen bestimmten derartigen Regel ernstlicher nachzudenken, sofort auf der Hand liegen. In Summa: Naturgesetze, logische Gesetze und Zweckmässigkeitsregeln einerseits und Rechtssätze oder Rechtsnormen anderseits gehören schlechterdings nicht unter denselben höheren Gattungsbegriff; denn die ersteren sind Ausdruck von Erkenntnissen oder Wahrheiten und als solche überhaupt an keine Adresse gerichtet, die letzteren dagegen sind Ausdruck irgendwelches Willens und zugleich Forderungen an einen Willen, der ebendarum niemals schlechthin identisch sein kann mit dem fordernden Willen. . . Mit dem letzten Satze habe ich bereits diejenige Behauptung wiederholt, gegen welche sich der zweite obenerwähnte Einwand Hölders richtet. Was er zur Begründung des Einwands anführt, halte ich für widerlegt durch meine Ausführungen in § 3, Nr. 6—9 (Bd. I, S. 30—40); doch wird sich später noch Gelegenheit finden, auf einzelne Argumente Hölders speziell einzugehen. Ebenso glaube ich mich bezüglich des dritten Einwands hier mit einer Verweisung auf § 3, Nr. 10—16 (S. 40—58) begnügen zu dürfen, zumal mir die Ausführungen des gegenwärtigen Buchs noch reichlich Anlass bieten werden, unsre Lehre von der „Anerkennung der Rechtsgenossen" als dem Grunde der Geltung alles Rechts nach verschiedenen Richtungen hin zu erläutern.

[2]) Man beachte die Worte: „ausdrücken" („darstellen"). Ich habe allerdings öfters, z. B. auch im Eingange dieser Nr. 1 von Rechtsnormen gesprochen, welche „den Inhalt eines Rechtsverhältnisses bestimmen", oder auch von

oder doch der Veränderung derjenigen Rechtsverhältnisse zum Ausdruck kommen, die von diesen Rechtsnormen bestimmt erscheinen. Etwas anders ausgedrückt: jede Entstehung oder Aufhebung von Rechtsnormen bildet auch einen Grund der Entstehung

„Rechtsnormen, die ein Rechtsverhältnis beherrschen"; aber ich habe diese Redewendungen immer nur da gebraucht, wo es mir darauf ankam, auf die Beziehung zwischen Rechtsnorm und Rechtsverhältnis zugleich bei allen solchen Rechtsverhältnissen zweiter, dritter u. s. w. Ordnung hinzuweisen, deren Inhalt nicht in besonderen, jedem einzelnen Verhältnisse eigentümlichen Normen besteht, sondern vielmehr in Folge-Normen, die aus allgemeineren Rechtsnormen, welche zum Inhalt eines jenen Verhältnissen superordinierten Rechtsverhältnisses gehören, mittels logischer Deduktion einfach abzuleiten sind. In allen andern Fällen und vor allem da, wo ich die Beziehung zwischen Rechtsnorm und Rechtsverhältnis überhaupt darzulegen unternahm, habe ich mich ganz konsequent dahin ausgesprochen, dass alle Rechtsnormen den Inhalt von Rechtsverhältnissen ausdrücken oder darstellen. (Vgl. z. B. Bd. I, S. 145, 152, 156.) Das will sagen: es giebt keine Rechtsnorm, durch die nicht — ganz oder teilweise — der Inhalt eines Rechtsverhältnisses, d. h. gewisse einander korrespondierende Rechtsansprüche und Rechtspflichten, bezw. Modifikationen solcher, ausgedrückt würden. Überdies aber habe ich den obigen Satz auch umgekehrt und nachgewiesen (a. O. S. 157 ff.): Überall, wo Rechtsverhältnisse bestehen, da lassen sich die ihren Inhalt bildenden Rechtsansprüche und entsprechenden Rechtspflichten, auch losgelöst von ihren Subjekten, schlechtweg als Rechtsnormen, oder mit anderen Worten als eine Art objektiven Rechts denken. Aus diesen beiden Sätzen folgt von selbst, dass jedes positive Recht oder jedes „Rechtssystem" nicht nur als ein System von Rechtsnormen, sondern stets zugleich als ein System von Rechtsverhältnissen aufzufassen ist. Ich ziehe auch diese Konsequenz nicht etwa erst jetzt, sondern habe sie längst ganz ausdrücklich gezogen; so schon Kritik II, S. 148, 150 bis 255. Nehme ich dies alles zusammen, so ist mir die Polemik, die Hölder a. a. O. S. 12 gegen mich richtet, nahezu unbegreiflich. Wenn H. mir vorgehalten hätte, die Anschauung, dass „im Rechtssystem" — richtiger gesagt, in jedem Rechtssystem — „ein System der Rechtsverhältnisse zu sehen und demgemäss die Rechtsnormen nach der Verschiedenheit der durch sie normierten Rechtsverhältnisse zu gruppieren" seien, „stehe im Einklange mit einer festgewurzelten und wohlberechtigten Gewohnheit unsrer Wissenschaft" und sei darum nichts Neues, wie ich mir wohl einbilde, so würde ich diesen Vorhalt mir ruhig gefallen lassen können, obgleich ich auch heute noch der Meinung bin, dass von einer solchen „Gewohnheit unsrer Wissenschaft" höchstens auf dem Gebiete des Privatrechts und selbst da nur bis zu einem gewissen Grade die Rede sein kann. Dass mir aber mein verehrter Freund vorwirft, meine Ansicht „stehe nicht im Einklange" mit jener angeblichen „Gewohnheit", während ich mich immer von neuem, zuletzt in § 19 des gegenwärtigen Werks

oder Auflösung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen. Umgekehrt geht aus den Ausführungen in § 19, Nr. 5 ff. bereits hervor, dass eine Entstehung, Auflösung und Veränderung von Rechtsverhältnissen auch ohne gleichzeitige Entstehung oder Aufhebung von Rechtsnormen, nämlich ausschliesslich auf Grund eines andern, superordinierten Rechtsverhältnisses möglich ist. Die Entstehung und Aufhebung von Rechtsnormen erscheint daher nur als eine

(Bd. I, S. 309 ff.) eingehendst bemüht habe, jede umfassendere Rechtsgemeinschaft (jedes zusammengesetzte oder Gesamtverhältnis) und zwar speziell den Staat als ein System von Teilverhältnissen und bezw. von Rechtsverhältnissen verschiedener Ordnung aufzuzeigen, — dass er ferner annimmt, ich betrachte die Rechtsverhältnisse als Ausfluss oder als Produkt (a. O. S. 12, 50) der Rechtsnormen, während ich gerade die Voraussetzung eines objektiven Rechts, aus dem die subjektiven Rechte sämtlich bloss abzuleiten seien, verworfen (Bd. I, § 9, insbes. S. 149 ff.) und vor allem gegen die Annahme, als wenn alle Privatrechtsverhältnisse, wie selbst Ehe, Eigentum u. a. ihre Entstehung erst den Normen des bürgerlichen Rechts verdankten, wiederholt auf das allernachdrücklichste mich verwahrt habe (vgl. z. B. Bd. I, § 12, Nr. 2 u. 3, bes. S. 191—195), — dass er sogar, freilich in seltsamem Widerspruch mit der vorher erwähnten Annahme, behauptet (a. O. S. 36, 49), ich identifiziere Rechtsnormen und Rechtsverhältnisse, während ich in Wahrheit nicht einmal den Inhalt der letzteren, die Rechtsansprüche und Rechtspflichten, im eigentlichen, strengen Sinne des Wortes mit den Rechtsnormen „identifiziere“, — dass er endlich (a. O. S. 29) auch meine Unterscheidung von Rechtsverhältnissen verschiedener Ordnung für identisch erklärt mit der Unterscheidung von Rechtsnormen verschiedener Ordnung, während ich Bd. 1, S. 328 nur ausgesprochen habe, dass sich die gleichen Unterscheidungen, die ich bezüglich der Rechtsnormen gemacht, auch bei der Betrachtung der verschiedenen möglichen Beziehungen der Rechtsverhältnisse unter einander ergeben, die darauffolgenden näheren Nachweisungen aber deutlich zeigen, dass die Anwendung dieser gleichen Unterscheidungen auf Rechtsnormen einerseits, auf Rechtsverhältnisse anderseits, eben wegen der Verschiedenheit dieser beiden Begriffe auch zu teilweise verschiedenen Resultaten führt, — das sind in der That Dinge, die ich mir nicht recht zu deuten vermag. Nur das Eine ist mir klar, dass H. mich in dem uns hier interessierenden „fundamentalen Punkte“, wie leider auch noch in manchen andern, gründlich missverstanden hat. Die leicht begreifliche Folge aber davon ist, dass er in seinen Einzelerörterungen, namentlich auch in denen, die im engsten Zusammenhange mit dem vorberührten Hauptpunkte stehen (vgl. a. O. S. 13—16, 29—37, 49—51), vieles wider mich verteidigt, was ich gar niemals angegriffen, ja nicht selten, wenigstens der Sache nach, selbst gelehrt habe.

Hauptart der Entstehung, Auflösung und Veränderung von Rechtsverhältnissen, und letztere mithin als das Allgemeinere.

2. Ein Rechtsverhältnis entsteht in dem Augenblick, wo alle Erfordernisse oder Merkmale des Begriffs in konkreter Gestalt vereinigt, d. h. die ihm wesentlichen Subjekte durch die Anerkennung der zu seiner Regelung wesentlichen Normen und zwar in Beziehung auf ein ihm charakteristisches Objekt verbunden erscheinen. Die Auflösung oder der Untergang eines Rechtsverhältnisses vollzieht sich, sobald irgend ein wesentliches Erfordernis des Bestandes nicht mehr erfüllt ist. Von blosser Veränderung eines Rechtsverhältnisses endlich reden wir, wenn ein Wechsel in Subjekt, Objekt oder Norm eintritt, ohne dass darum das Verhältnis in seinem Wesen getroffen und demzufolge aufgehoben bezw. durch ein neues ersetzt würde.[3])

Selbstverständlich bilde ich mir nicht ein, mit diesen drei Sätzen drei wissenschaftliche Musterdefinitionen gegeben zu haben. Es sind überhaupt nicht Definitionen im strengen Sinne, wie dies schon die Fassung zeigt; sie sollen nur bestimmt auf die Punkte hinweisen, auf die es mir bei dem Gebrauche der betreffenden Ausdrücke wesentlich anzukommen scheint. Und auch so bedürfen die drei Sätze noch in mehrfacher Hinsicht der Erläuterung und Rechtfertigung. Da aber dies beides sofort zu einem näheren Eingehen auf die verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse nötigt, sofern nämlich hiernach die Beziehung zwischen den wesentlichen Bestandteilen derselben und demzufolge auch die Beziehung zwischen

---

[3]) Korrekter wäre es, in dem letzten Satze zu sagen: Wechsel in einem der Subjekte oder im Objekt oder endlich in irgendwelchen Normen, die das Rechtsverhältnis beherrschen. Indessen darf ich wohl hoffen, dass die abkürzende Redeweise, deren ich mich oben im Text bediene und fortan noch öfters bedienen werde, bei den Lesern Zustimmung oder wenigstens Verständnis findet. Wenn ich die fraglichen drei Dinge, um deren Wechsel es sich handelt, mit einem zusammenfassenden, passenden Ausdruck zu bezeichnen wüsste, so würde ich ihn gern annehmen, aber ich weiss keinen. Als „Bestandteile“ von Rechtsverhältnissen lassen sich streng genommen nur Teilverhältnisse bezeichnen; ebensowenig ist es ratsam, von einem Wechsel der „Merkmale“ oder „Erfordernisse“ zu reden, wo es sich vielmehr um einen Wechsel von Erscheinungen handelt, in denen wir die Erfüllung der so bezeichneten Bedingungen sehen.

der Entstehung, Auflösung und Veränderung der Rechtsverhältnisse einerseits und der Entstehung oder Aufhebung der maassgebenden Rechtsnormen anderseits verschieden sich gestaltet, so halte ich es für zweckmässig, jede einzelne der obigen Begriffsbestimmungen für sich zu erläutern und zu rechtfertigen, und damit die weitere Ausführung über die verschiedenen Möglichkeiten der Entstehung, Auflösung und Veränderung der Rechtsverhältnisse unmittelbar zu verbinden.

3. Dass ein Rechtsverhältnis genau in dem Momente entsteht, in welchem alle nach seinem Begriffe wesentlichen Erfordernisse oder Bedingungen des Bestandes erfüllt, oder m. a. W. alle begriffsmässigen Merkmale in konkreter Gestalt vereint erscheinen, das wird wohl kaum Widerspruch finden. Wenn wir dagegen diesen Entstehungsmoment noch näher dahin bestimmen, dass in ihm „die dem betreffenden Rechtsverhältnisse wesentlichen Subjekte durch die Anerkennung der zu seiner Regelung wesentlichen Normen und zwar in Beziehung auf das dem Verhältnisse charakteristische Objekt verbunden erscheinen", so dürfen wir mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit zwei Einwendungen erwarten: Bedarf es denn wirklich zur Entstehung jedes Rechtsverhältnisses einer entsprechenden Rechtsanerkennung seitens der Subjekte des Rechtsverhältnisses? Und umgekehrt, hängt nicht die Entstehung zahlreicher Rechtsverhältnisse auch noch vom Eintritt ganz anderer Thatsachen, als der soeben erwähnten ab?

Indem wir zunächst die erste dieser Einwendungen ins Auge fassen, verzichten wir selbstverständlich darauf, uns immer von neuem mit solchen Gegnern auseinander zu setzen, die von unsrer Gesamtanschauung vom Rechte, insbesondere von der Normenanerkennung aller Rechtsgenossen als konstituierendem Merkmale alles Rechts schlechterdings nichts wissen wollen.[4]) Unsre Aufgabe

[4]) Nur ein paar Missverständnisse glaube ich in aller Kürze abwehren zu sollen. Hölder a. O. S. 8 behauptet, ich hätte „selbst ausgeführt", dass „nicht sowohl die einzelne Norm als die Rechtsgemeinschaft das unmittelbare Objekt jener Anerkennung sei", auf welche die Geltung der Rechtsnormen zurückzuführen. Sogleich darauf aber fügt er hinzu: „wenn Bierling sie (die Anerkennung) trotzdem auf nichts anders bezieht, als auf Normen, so rührt dies daher, dass er die Existenz der Gemeinschaft auf Normen zurückführt."

kann jetzt nur noch sein, zu zeigen, dass die vorstehende Auffassung der Entstehung der Rechtsverhältnisse ebensowohl im Einklang steht mit jener unsrer Grundanschauung, wie mit zweifellosen thatsächlichen Forderungen und Voraussetzungen bekannter positiver Rechte. Dies vorausgesetzt aber dürfte sich jenes ersterwähnte Bedenken verhältnismässig leicht erledigen lassen; man muss nur unsre Forderung einer Anerkennung der zur Regelung der Rechtsverhältnisse wesentlichen Normen auch recht verstehen. Nicht das ist

---

Offen gestanden, halte ich dafür, dass diese beiden Behauptungen sich gegenseitig ausschliessen. Doch das nur nebenbei. Die Hauptsache ist: sie sind beide falsch. Es ist mir völlig unerfindlich, wo ich ausgeführt haben soll, dass die Rechtsgemeinschaft — zumal im Gegensatze zu den einzelnen Normen — das unmittelbare Objekt der Anerkennung sei. Ich kann höchstens vermuten, dass dies H. aus meinen Ausführungen über direkte und indirekte Rechts-Anerkennung geschlossen hat; in Wahrheit aber habe ich dort gerade nachgewiesen, dass auch alle indirekte Anerkennung auf der direkten Anerkennung bestimmter Normen oder Normen-Komplexe beruht. Überdies spricht die Thatsache, dass ich die Existenz einer wahren Gemeinschaft vor jeder Normenanerkennung leugne (vgl. § 3, Nr. 12, Bd. I, S. 44) durchaus gegen jene Annahme Hölders. Ganz ebenso unrichtig ist freilich die andere Behauptung, dass ich die Anerkennung „auf nichts anderes als Normen", also ausschliesslich auf Normen beziehe und dass „dies daher rühre, dass ich die Existenz der Gemeinschaft auf Normen zurückführe". Es ist mir nie eingefallen, zu bestreiten, dass als Anerkennung von Rechtsnormen immer nur eine solche Normenanerkennung anzusehen ist, die zugleich eine Anerkennung der Gemeinschaft in sich schliesst, die dadurch ihre Ordnung erhalten bezw. damit überhaupt erst ins Leben treten soll. Im Gegenteil: Indem ich als Zweck alles Rechts stets die Regelung des äussern Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen bezeichnet habe, ist von mir auch stets vorausgesetzt, zum Überfluss aber in § 3, Nr. 12 cit. (Bd. I, S. 43) ausdrücklich ausgesprochen worden, „dass dieser Zweck zugleich mit den Normen selbst, die ihm dienen sollen, Gegenstand der Anerkennung sein muss". Ich bin daher auch mit Hölder vollkommen einverstanden, wenn er — seiner Meinung nach allerdings wider mich — bemerkt, dass „die Rechtsnormen der Rechtsgemeinschaft ebensowenig vorgehen, wie die erstere den letzteren". Ja, ich habe sogar diese Ansicht in § 7, Nr. 1 und 3 (Bd. I, S. 117 ff. insbes. 124 f.) gegen verschiedene etwa mögliche Einwendungen eingehend verteidigt. Nur den von H. daran geknüpften Vergleich mit der Natur und den Naturgesetzen kann ich nach dem oben in Anm. 1 Bemerkten nicht für ganz zutreffend erachten.

unsre Meinung, dass zur Entstehung eines jeden Rechtsverhältnisses eine besondere Rechtsnormenanerkennung notwendig oder m. a. W. die Entstehung von Rechtsverhältnissen immer nur unter gleichzeitiger Entstehung neuer, d. h. solcher Rechtsnormen denkbar wäre, die vorher von den Subjekten des fraglichen Rechtsverhältnisses noch gar nicht als solche anerkannt wurden. Vielmehr geben wir ganz offen zu, dass unter Umständen die Normenanerkennung der Entstehung der betreffenden Rechtsverhältnisse auch ganz oder teilweise vorausgehen kann.[5]) Dagegen ist allerdings weiter zu fragen: Unter welchen Voraussetzungen oder Umständen ist dies möglich? Und wie ist es in solchen Fällen zu denken, dass die bereits vorher anerkannten Rechtsnormen dennoch den Inhalt des erst in der Folge entstehenden Rechtsverhältnisses bestimmen?

Die Antwort ist gegeben durch die Ausführungen des § 19 (Bd. I, S. 309 ff.) über Gesamt- und Teilverhältnisse, sowie insbesondere über Rechtsverhältnisse erster Ordnung und subordinierte Rechtsverhältnisse. Ein Rechtsverhältnis erster Ordnung entsteht in seiner Totalität, als Gesamtverhältnis, immer nur unter gleichzeitiger Entstehung der seinen Inhalt, mindestens seinen nächsten Inhalt ausdrückenden Rechtsnormen. Ein Verhältnis, das noch

---

[5]) Dass dieses Zugeständnis nicht im Widerspruch steht mit dem unmittelbar vorher in Anm. 4 Gesagten, werden die nachfolgenden Ausführungen ergeben. Meine Zustimmung zu der dort citierten Bemerkung Hölders könnte ja freilich — rein der Wortfassung nach betrachtet — dahin missgedeutet werden, dass die Anerkennung von Rechtsnormen, die ein gewisses Rechtsverhältnis beherrschen oder m. a. W. seinen Inhalt bestimmen (vgl. oben Anm. 2 i. A.) niemals diesem Rechtsverhältnisse vorausgehen könnte. Allein sicherlich hat auch Hölder a. O. damit nur sagen wollen, und jedenfalls ist dies meine Meinung bei der in Anm. 4 ausgesprochenen Zustimmung, sowie bei den dort angezogenen Erörterungen des § 7 gewesen, dass keine Rechtsnormen-Anerkennung denkbar ist vor jeder Rechtsgemeinschaft; ich möchte noch etwas genauer sagen: keine Rechtsnormen-Anerkennung ohne irgend eine zugleich mitanerkannte Rechtsgemeinschaft, deren Inhalt die fraglichen Rechtsnormen ganz oder doch teilweise darstellen. Dagegen sollte hiermit durchaus nicht geleugnet werden, dass aus einer solcherweise vorhandenen Rechtsnormen-Anerkennung, bezw. aus einer solcherweise vorhandenen Rechtsgemeinschaft andere Rechtsverhältnisse hervorgehen können, ohne dass es hierzu einer besonderen, neuen (d. h. von der ersterwähnten zu unterscheidenden) Rechtsanerkennung bedürfte.

gar keine Rechtsnorm oder richtiger gesagt keinen als Norm ausdrückbaren Anspruch und keine entsprechende Pflicht zum Inhalt hätte, ist überhaupt niemals ein Rechtsverhältnis; ein Rechtsverhältnis aber, das auch nur eine einzige Norm zum Inhalt hätte, die bereits vor seinem Bestehen für die Subjekte desselben als solche bindend gewesen wäre, ist jedenfalls kein reines Rechtsverhältnis erster Ordnung. Damit ist ausgesprochen, dass die Entstehung von Staaten und Religionsgemeinschaften regelmässig auch die gleichzeitige Entstehung oder Neu-Anerkennung derjenigen Rechtsnormen in sich schliesst, die als Ansprüche und Pflichten den Inhalt der gedachten neubegründeten Gemeinschaftsverhältnisse bilden sollen. Am deutlichsten tritt dies bei der Gründung der meisten Religionsgemeinschaften hervor; selbst wo hierbei aus einer älteren Religionsgemeinschaft, aus welcher die Genossen der neubegründeten ausgeschieden sind, ein kleinerer oder grösserer Komplex von Rechtsnormen herübergenommen wird, wie das beispielsweise seitens des Christentums mit alttestamentlichen Normen und später von den evangelischen Kirchen in gewissem Grade mit dem Corpus juris canonici geschehen ist, da ist doch leicht zu erkennen, dass sich auch diese Herübernahme wirklich in Form einer Neu-Rezeption vollzogen hat. Vgl. § 7, Nr. 4 (Bd. I, S. 126 f.). Weniger klar liegen auf den ersten Anblick die Dinge bei zahlreichen neuen Staatenbildungen. Nur wo ausnahmsweise eine Staatenbildung im Wege bewusster freier Vereinbarung der zum Staate zusammentretenden Genossen sich vollzieht, wie bei der Gründung des ersten Neuengland-Staats am Bord der Mayflower, nur da fällt die Richtigkeit unsres allgemeinen Grundsatzes unmittelbar in die Augen. Anscheinend ganz anders gestaltet sich die Sache schon in allen den Fällen der allerersten Staatenbildung, wo solche nicht durch einen sichtbaren bewussten Akt, sondern vielmehr allmählich, durch langsames Herauswachsen aus kleinen Anfängen sich vollzieht. Erst bei näherer Untersuchung ergiebt sich, dass auch hier nur die Möglichkeit bleibt, entweder in den ersten erkennbaren Anfängen einer Rechtsgemeinschaft bereits den Keim des späteren Staats zu erblicken, so dass der von andern als Staatenbildung bezeichnete Vorgang vielmehr nur Entwickelung oder fortlaufende Veränderung des an sich längst vorhandenen

Staates ist, oder statt dessen eine einmalige oder mehrmalige Wandelung von Rechtsverhältnis zu Rechtsverhältnis und dann auch bei der Entstehung des Rechtsverhältnisses „Staat“ eine besondere, wenn nicht dem Inhalte nach, so doch nach der besonderen Beziehung auf dieses Verhältnis neue Normenanerkennung der erst hierdurch zu „Staatsgenossen“ werdenden Personen anzunehmen. Wenden wir uns vollends zu den weitaus zahlreichsten Fällen neuer Staatenbildungen, wie sie uns die Geschichte aller Zeiten vorführt, zu den Staatenbildungen durch Eroberung, Annektierung, Auflösung bereits bestehender Staaten, so wird der oberflächliche Beobachter noch in viel höherem Maasse geneigt sein, unsrem obigen Grundsatze zu widersprechen. Dennoch wird dieser auch hier seine Probe bestehen, wenn man nur die Gesichtspunkte in Betracht zieht, die ich in solcher Hinsicht ebenfalls schon in § 7, Nr. 4 zur Geltung gebracht habe. In allen Fällen, in denen Rechtsnormen der untergegangenen Staaten in den neu begründeten Staaten fortleben, ist schliesslich diese Fortdauer immer nur dadurch zu erklären, dass entweder zugleich mit der Entstehung des neuen Staates auch eine — bewusste oder unbewusste — Erneuerung der Normenanerkennung erfolgt ist, oder dass in Wahrheit nicht bloss die betreffenden Normen, sondern auch das Rechtsverhältnis, dessen Inhalt sie bildeten, wenn auch mit mehr oder weniger Modifikationen, in der neuen Staatsgemeinschaft fortbesteht.[6])

---

[6]) Eine dritte Möglichkeit giebt es m. E. nicht. Nur kann selbstverständlich beides in der Weise vereint auftreten, dass bei der Neugründung gewisse bisher schon bestehende Rechtsverhältnisse, insbesondere auch die die ganze Bevölkerung des untergegangenen Staates umfassende Privatrechtsgemeinschaft oder bürgerliche Gesellschaft — einschliesslich des gesamten bisher ihren Inhalt darstellenden Privatrechts — als fortbestehend ausdrücklich anerkannt werden; natürlich mit der Maassgabe, dass die jene Verhältnisse beherrschenden Rechtsnormen von jetzt ab der Änderung durch die Gesetzgebung des neuen Staates unterliegen. Ja, es darf heute wohl als allgemein anerkannter Grundsatz betrachtet werden, „dass der Untergang derjenigen völkerrechtlichen Persönlichkeit, die durch die politische Verbindung eines Volkes mit einem bestimmten Gebietsrayon repräsentiert war, Privatrechtsverhältnisse nicht berührt“. (Holtzendorff, Handbuch d. Völkerrechts, II, S. 37.) Dabei ist indessen zu beachten, dass eine wahre völkerrechtliche Verpflichtung des neu entstandenen Staates jedenfalls bloss insoweit begründet erscheint, als vermögensrechtliche Ansprüche dritter Staaten und ihrer An-

Ein blosses einzelnes Teilverhältnis als solches kann für sich allein, d. h. unabhängig von der Entstehung des Gesamtverhältnisses, zu dem es gehört, — mag man nun dieses Verhältnis als ein Rechtsverhältnis erster Ordnung oder als ein subordiniertes denken, — immer nur entstehen unter einer zwiefachen Voraussetzung. Einmal muss das fragliche Gesamtverhältnis solchenfalls vor der Entstehung des Teilverhältnisses bereits vorhanden sein. Wohl mag aus einem zunächst entstandenen selbständigen Rechtsverhältnisse später ein Teilverhältnis zu einem erst nach dem erstern entstandenen Gesamtverhältnisse hervorgehen; allein die Entstehung eines Rechtsverhältnisses als Teilverhältnis zu einem erst zukünftigen Gesamtverhältnisse ist ein Unding. Anderseits darf das so vorausgesetzte Gesamtverhältnis kein Rechtsverhältnis mit streng konkret bestimmten Subjekten sein; denn dann ist ein Hinzutritt neuer Subjekte zu dem betreffenden Rechtsverhältnisse und damit jede Entstehung von blossen Teilverhältnissen — ohne vorgängige Vernichtung des alten und Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses mit nicht schlechthin konkret bestimmten Subjekten — völlig undenkbar. Nehmen wir nun an, die erwähnten beiden Voraussetzungen seien erfüllt, das bezügliche Gesamtverhältnis und zwar als ein Rechtsverhältnis mit generell bestimmten Subjekten (vgl. § 17, Nr. 3) sei gegeben, so ist leicht zu sehen, dass der zeitlich verschiedenen Entstehung von Gesamt- und Teilverhältnis auch eine ganz ebenso zeitlich verschiedene Anerkennung der den Inhalt beider bildenden Normen seitens der bezüglichen Subjekte entspricht. In dem Hinzutritt eines bestimmten Individuums zu einem solchen Gesamtverhältnisse, mag sich derselbe durch einfache Anschlusserklärung oder gar nur durch Be-

gehörigen in Betracht kommen. Den bisherigen Unterthanen des untergegangenen Staates gegenüber, mögen sie Bürger des neuen Staates geworden oder ausgewandert sein, besteht eine solche völkerrechtliche Verpflichtung sicherlich nicht. Und was kaum weniger wichtig ist: Auch wo sie besteht, bleibt sie doch als völkerrechtliche zunächst immer nur eine Verpflichtung von Staat zu Staat; ob sie also von den Angehörigen des dritten Staates unmittelbar — durch Anrufung der Gerichte des neuen Staates — geltend gemacht werden kann, hängt ausschliesslich von den in diesem neuen Staate zur Anerkennung gelangten bezw. innerhalb der in ihnen fortdauernden Privatrechtsgemeinschaft in Geltung gebliebenen Rechtsnormen ab.

treten eines bestimmten Landgebiets oder umgekehrt durch feierliche Aufnahme seitens der bisherigen Rechtsgenossen vollziehen, liegt unter allen Umständen eine Neu-Anerkennung der das bereits bestehende Gesamtverhältnis und damit auch das neu hinzukommende Teilverhältnis beherrschenden Normen.[7]) Aber nicht minder gehört zur Entstehung des neuen Teilverhältnisses auch die fortdauernde Anerkennung der schon vorhandenen Genossen des Gesamtverhältnisses; nur bedarf es für sie nicht notwendig einer besonderen oder erneuten Anerkennung in Beziehung auf die neu eintretenden Subjekte, weil die Anerkennung der letzteren als Genossen schon in der Anerkennung der für ihre Aufnahme maassgebenden Normen generell mit enthalten ist.[8])

Ungleich mannigfaltiger gestaltet sich auf den ersten Anblick die Entstehung subordinierter Rechtsverhältnisse. Allein wenn man näher zusieht, lassen sich doch auch hier die verschiedenen Entstehungsarten auf wenige Hauptformen zurückführen, und selbst diese Hauptformen zeigen schliesslich denselben gleich-

---

[7]) Dies gilt selbst dann, wenn wir in den Fällen der ausdrücklichen Anschlusserklärung und zumal der feierlichen Aufnahme die Entstehung des Teilverhältnisses als vermittelt zu denken hätten durch die Konstituierung einer besonderen Rechtsnorm zweiter oder dritter Ordnung. Denn die so konstituierte Norm niederer Ordnung hat doch unter allen Umständen nur eine formale, durchaus keine selbständige Bedeutung: Sie enthält nur eine Verweisung auf die bereits bestehenden Normen des Gesamtverhältnisses; sie ist nichts weiter als ein besonders gearteter Ausdruck der im Texte als notwendig bezeichneten Neu-Anerkennung durch die neu hinzukommenden Genossen, bezw. der den letzteren zu teil werdenden Anerkennung als neuer Mitglieder des Gesamtverhältnisses seitens der bisherigen Genossen.

[8]) Ausschliesslich auf der Anerkennung der schon vorhandenen Genossen des Gesamtverhältnisses beruht natürlich die Aufnahme ganz oder halb fiktiver Rechtssubjekte und entsprechend die Entstehung der für diese anzunehmenden, insoweit ebenfalls nur fiktiven Teilverhältnisse; gleichviel, ob diese Aufnahme durch einen besonderen Rechtsakt erfolgt, wie es beispielsweise die spezielle staatliche Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit an Vereine und Anstalten ist, oder schon stillschweigend durch Eintritt einer gewissen, in dem betreffenden positiven Rechte vorgesehenen Bedingung, z. B. durch Geburt in einer Ehe von Rechtsgenossen oder doch von einer so qualifizierten Mutter. Dass in dem letzterwähnten Falle die Möglichkeit oder sogar eine grosse Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass das neu hinzutretende Subjekt allmählich zu einem vollen Rechtsgenossen mit eigner, wahrer Rechts-

artigen Kern. Das will sagen: Auch für die Entstehung subordinierter Rechtsverhältnisse bildet die Normenanerkennung seitens der Subjekte der betreffenden Verhältnisse die eigentliche Grundlage. Nur ist durchaus nicht eine besondere Normenanerkennung für jedes einzelne subordinierte Verhältnis erforderlich, sondern die auch hier notwendige Normenanerkennung ist ganz oder doch zum Teil, wenn auch immer zunächst bloss bedingterweise, schon mitenthalten in der Anerkennung der Normen des superordinierten Verhältnisses, dem jene Subjekte als Genossen angehören. Wo es an solcher Grundlage völlig fehlt, da kann von einer Entstehung subordinierter Rechtsverhältnisse überhaupt nicht die Rede sein. Wo sie dagegen vorhanden, da bedarf es zur wirklichen Entstehung nur noch der Auslösung der Bedingungen, an welche die dem subordinierten Verhältnisse charakteristische Beziehung auf ein konkreteres Objekt (s. § 19, Nr. 8) geknüpft erscheint, — natürlich stets in Gemässheit der bezüglichen superordinierten Normen. Dabei lassen sich als Hauptarten solcher Bedingungen und damit zugleich als Hauptformen der Entstehung subordinierter Verhältnisse leicht zwei unterscheiden: einmal die Setzung subordinierter Normen, die als Ansprüche und Pflichten den Inhalt eines besonderen Verhältnisses zwischen allen oder einzelnen Subjekten des superordinierten Rechtsverhältnisses bilden sollen; anderseits alle ausserdem möglichen Handlungen und sonstige Ereignisse, von denen eine superordinierte Rechtsnorm ihr Wirksamwerden für ein bestimmtes konkretes Subjekt gegenüber allen andern oder bestimmten einzelnen Subjekten des superordinierten Verhältnisses abhängig gemacht hat. Zu der zweiten grossen Gruppe gehören sowohl alle Rechtshandlungen oder Rechtsakte, die nicht Rechtsgeschäfte oder Bestandteile von

anerkennung heranwächst, kann an der Thatsache nichts ändern, dass die erste Entstehung des bezüglichen Teilverhältnisses ein noch keiner eignen Rechtsanerkennung fähiges Subjekt betraf, also auch ohne Mitwirkung desselben erfolgen und hiernach auch zunächst den Charakter des Teilverhältnisses selbst bestimmen musste. Nur ist mit der erwähnten Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit zugleich die andere gegeben, dass später einmal aus dem halbfiktiven Teilverhältnisse ein volles wird, nämlich durch den wirklichen Hinzutritt der eignen Rechtsanerkennnng verbunden mit der Erfüllung aller sonstigen in dem anerkannten Rechte hierfür aufgestellten Bedingungen.

Rechtsgeschäften in unserm, später zu erörternden Sinne sind, als auch alle rechtswidrigen Handlungen, an welche sich Rechtsfolgen irgendwelcher Art knüpfen.

Durch die letzten Bemerkungen dürfte auch bereits die andere beim Beginn der gegenwärtigen Erörterung (S. 10) vorausgesetzte Einwendung mit erledigt sein. Jene „andern Thatsachen", — ausser der die Subjekte eines Rechtsverhältnisses in Beziehung auf ein bestimmtes Objekt verbindenden Normenanerkennung —, an welche die meisten Leute bei der Frage nach den Entstehungsgründen der Rechtsverhältnisse und zwar häufig sogar in erster Linie zu denken pflegen, sind näher betrachtet nichts andres, als die zuletzt erwähnten Handlungen oder sonstigen Ereignisse, welche die von den Subjekten der durch sie hervorgerufenen Verhältnisse anerkannten superordinierten Rechtsnormen selbst zu Bedingungen ihrer Wirksamkeit dergestalt gemacht haben, dass ohne deren Erfüllung auch noch nicht von einer vollen Verbindung der betreffenden Subjekte in Beziehung auf das dem subordinierten Verhältnisse charakteristische konkrete Objekt die Rede sein kann. So und nicht anders bildet die Rechtshandlung der Klagerhebung den Entstehungsgrund des Civilprozessverhältnisses zwischen dem im Richter repräsentierten Staate und den Prozessparteien; so jedes Verbrechen — abgesehen von den etwa sich daran knüpfenden privatrechtlichen Deliktsobligationen — den Entstehungsgrund eines mehr oder weniger komplizierten Strafverhältnisses.[9]) So und nicht anders begründet die Anschwemmung von Land oder die Entstehung von Inseln in privaten oder öffentlichen Flüssen bestimmte Eigentums- und bezw. Hoheitsverhältnisse der anwohnenden Grundstücksbesitzer und Staaten; so die Geburt eines unehelichen Kindes, ausser dem Teilverhältnisse innerhalb des betreffenden bürgerlichen Gesellschafts- und Staatsverhältnisses, zugleich mehrere dem ersteren subordinierte Rechtsverhältnisse: einesteils das familienrechtliche zur Mutter und deren Angehörigen, andernteils ein eigentümliches, ebenfalls halb personen- halb vermögens-

---

[9]) Vgl. hierzu § 19, Nr. 8, Anm. 18, und namentlich die dort citierte Abhandlung in der Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. X, S. 251 ff., insbes. S. 299—309 für das Civilprozessverhältnis, S. 272—298 und 309—318 für das Strafrechts- und Strafprozessverhältnis.

rechtliches, kurz gesagt, Verwandtschaftsverhältnis zum unehelichen Vater.[10])

4. Wenn zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses notwendig gehört, dass sämtliche Erfordernisse für dessen Bestand — gemäss den Ausführungen in Nr. 3 — erfüllt erscheinen, so folgt hieraus ganz von selbst, dass zur Auflösung eines Rechtsverhältnisses jeder thatsächliche Vorgang genügt, der die weitere Erfüllung auch nur eines einzigen wesentlichen Erfordernisses unmöglich macht. Auf den ersten Anblick könnte es darum scheinen, als wenn die Unterscheidung, die wir bei der Entstehung von Rechtsverhältnissen zwischen Verhältnissen erster Ordnung als Gesamtverhältnissen einerseits und subordinierten, sowie Teilverhältnissen anderseits zu machen uns veranlasst sahen, für die Auflösung der Rechtsverhältnisse nicht weiter in Betracht käme. Genauer besehen indessen entbehrt diese Unterscheidung auch hier der Bedeutung nicht. Der Untergang eines Rechtsverhältnisses erster Ordnung in seiner Totalität ist immer nur denkbar unter der Voraussetzung, dass sämtliche Rechtsnormen, welche den Inhalt desselben bildeten, als solche fortan überhaupt nicht mehr anerkannt werden; Teilverhältnisse und subordinierte Rechtsverhältnisse dagegen können untergehen, obgleich die Geltung der Rechtsnormen, die das untergehende Verhältnis beherrschen, ganz oder doch teilweise fortdauert. Und zwar gilt dies, soweit nicht der Untergang des Teilverhältnisses zugleich den eines Gesamtverhältnisses erster Ordnung voraussetzt, ebensowohl da, wo der Auflösungsgrund in dem Wegfall wesentlicher Subjekte des Verhältnisses, als in Fällen, wo er in dem Untergange des dem Verhältnisse eigentümlichen Objekts oder in der Aufhebung der spezifischen Beziehung zwischen Subjekt und Objekt besteht. Wenn von den Subjekten eines Rechtsverhältnisses

[10]) Dass das Verhältnis des unehelichen Kindes zum Vater und selbst zu dessen Angehörigen nicht bloss ein vermögensrechtliches, dessen Inhalt der Alimentationsanspruch bildet, sondern auch ein personenrechtliches, genauer ein Verwandtschaftsverhältnis ist, zeigt sich völlig deutlich im Eherechte; es kann nicht zweifelhaft sein, dass die daraus entspringenden Ehehindernisse unter den gemeinsamen Begriff der Ehehindernisse wegen Verwandtschaft bezw. Schwägerschaft fallen.

erster Ordnung so viele wegfallen, dass nicht wenigstens Ein Berechtigter und Ein Verpflichteter einander gegenüberstehen, da kann auch von keiner Anerkennung oder Geltung der das Verhältnis regelnden Rechtsnormen mehr die Rede sein. Durch den Untergang eines subordinierten Rechtsverhältnisses zwischen A und B, herbeigeführt durch den Tod des ersteren, wird die Geltung der dem betreffenden Rechtsverhältnisse superordinierten Normen so wenig beeinträchtigt, wie die allgemeine Anerkennung der zu dem Inhalte des Gesamtverhältnisses „Staat" gehörigen Rechtsnormen seitens aller Staatsgenossen durch den Untergang des einzelnen Teilverhältnisses, in welchem der gedachte A zum Staate und allen andern Staatsgenossen stand. Noch schärfer tritt die letztere Erscheinung beim Untergange subordinierter Rechtsverhältnisse infolge Wegfall des wesentlichen Objekts bezw. der wesentlichen Beziehung zwischen Subjekten und Objekten hervor; hier verharren sogar die besonderen Subjekte des untergegangenen Verhältnisses in der Anerkennung der für dasselbe maassgebend gewesenen superordinierten Normen.[11]) Dagegen

[11]) Man denke z. B. an den Untergang einer Sache und an die Dereliktion einer solchen seitens des bisherigen Eigentümers. Im ersteren Falle erscheint nicht nur die bisherige Beziehung des Rechtssubjekts zu der das Objekt seines Rechtsverhältnisses bildenden Sache, sondern auch das Rechtsobjekt selbst vernichtet, während im zweiten das fragliche Objekt an sich bestehen bleibt und bloss die dem Eigentumsverhältnisse charakteristische Beziehung zwischen Subjekt und Objekt durch die Handlung des bisherigen Berechtigten aufgehoben wird. Aber die Anerkennung der maassgebenden Rechtsnormen durch die Subjekte des Rechtsverhältnisses wird dadurch so lange nicht berührt, als die Letzteren Genossen der betreffenden bürgerlichen Gesellschaft als des superordinierten Rechtsverhältnisses bleiben, zu dessen Rechtsordnung diese Normen gehören. . . Anders liegen die Dinge, wenn das subordinierte Rechtsverhältnis besondere, natürlich ebenfalls subordinierte Normen zum Inhalt hat, wie z. B. ein Vertragsverhältnis die besonders vereinbarten Vertragsnormen. Hier muss mit dem vollständigen Untergange des Objekts auch die Anerkennung der schlechterdings nur hierauf sich beziehenden Normen sinnlos werden. Jedoch ist zu beachten, dass von einem vollständigen Untergange des Rechtsobjekts da noch nicht die Rede sein kann, wo jene besonderen Normen neben dem wirklich untergegangenen Objekte noch andere, wenn auch bloss eventuelle Objekte kennen, also insbesondere da, wo sie gerade für den Fall des Untergangs des in erster Linie stehenden Objekts spezielle Fürsorge treffen.

ist allerdings eine Auflösung von blossen Teilverhältnissen infolge Wegfalls des wesentlichen Objekts ohne gleichzeitige Auflösung des Gesamtverhältnisses, dem sie zugehören, nur ausnahmsweise[12]) denkbar; wo also das durch Wegfall des Objekts aufgelöste Teilverhältnis einem Gesamtverhältnisse erster Ordnung angehörte, da wird in der Regel auch die Geltung der dessen Inhalt bildenden Rechtsnormen als völlig beseitigt anzusehen sein.

Die Frage, ob es nicht neben den vorgenannten Gründen der Auflösung eines Rechtsverhältnisses auch noch andere gebe, mag natürlich ganz ebenso aufgeworfen werden, wie die analoge Frage in Betreff der Entstehung von Rechtsverhältnissen, über die wir uns in Nr. 3 ausgesprochen haben. Aber auch die Antwort darauf kann nur eine ganz ähnliche sein, wie die dort gegebene: alles, was man bei oberflächlicher Betrachtung sich wohl verführen lassen kann, für einen solchen andern Auflösungsgrund auszugeben, wie z. B. die Thatsache der Verjährung oder überhaupt des Zeitablaufs, der Eintritt einer auflösenden Bedingung im engern Sinne u. dgl. m., weist schliesslich immer auf einen der oben erwähnten Auflösungsgründe, und zwar in der Regel auf den Wegfall gewisser wesentlicher Beziehungen zwischen Subjekten und Objekten der Rechtsverhältnisse zurück. Soweit eine solche Beziehung beruht auf den durch die Subjekte des Rechtsverhältnisses anerkannten superordinierten Rechtsnormen, da muss sie notwendig untergehen, wenn diese sie begründenden Normen selbst ihrem Fortbestande entgegentreten. Die oben angeführten „besonderen“ Auflösungsthatsachen sind nun aber offenbar nichts anderes, als die Auslösung

12) Nur wenn das Objekt eines Rechtsverhältnisses unmittelbar in der Person des Berechtigten liegt, wie z. B. bei dem allgemeinen Personenrechts-Verhältnisse jedes einzelnen Staatsgenossen, oder wenn m. a. W. der Wegfall identisch ist mit dem Wegfall des betreffenden individuellen Subjekts, da bedeutet der Untergang des Teilverhältnisses für sich allein niemals auch den Untergang des Gesamtverhältnisses. Aber in Wahrheit fällt diese Ausnahme unter den vorher erörterten Gesichtspunkt: Untergang des Teilverhältnisses durch Wegfall des ihm wesentlichen Subjekts; denn auf der hier vorliegenden besonderen Beziehung des Objekts zum Subjekt beruht es ja, dass wir in diesem Falle von blossen Teilverhältnissen reden, wo wir ohne diese Beziehung vielmehr von subordinierten Rechtsverhältnissen reden würden. (Vgl. § 19, Nr. 6, Bd. I, S. 331.)

von Bedingungen, unter welchen die maassgebenden superordinierten Rechtsnormen auf den betreffenden Fall nicht mehr angewandt sein, also die bisher durch sie begründete Beziehung zwischen Subjekt und Objekt nicht mehr herstellen wollen.

Ungleich schwerer ist die Frage zu beantworten, inwieweit die zeitweiligen Subjekte und Objekte der Rechtsverhältnisse, desgleichen die Rechtsnormen, die zu einem bestimmten Zeitpunkte den Inhalt derselben ausdrücken, sowie die in ihnen begründete oder vorausgesetzte Art, wie Subjekt und Objekt in den verschiedenen Rechtsverhältnissen verbunden und aufeinander bezogen erscheinen, als etwas den betreffenden Verhältnissen schlechthin Wesentliches anzusehen sind. Zwar ist es leicht, im allgemeinen die Quelle zu bezeichnen, aus welcher die Antwort hierauf und damit auch zugleich die Entscheidung zu schöpfen ist, ob in dem Wegfall gewisser zu einem bestimmten Zeitpunkte vorhandener Subjekte und Objekte, Normen oder Beziehungen die Negierung eines wesentlichen Erfordernisses des fraglichen Rechtsverhältnisses und darum für sich allein schon ein Auflösungsgrund desselben liegt. Diese Quelle wird immer nur in der das fragliche Rechtsverhältnis beherrschenden Normenanerkennung gefunden werden können. Aber ihrer Erschliessung stehen bisweilen eigentümliche Hindernisse entgegen, und zwar vielleicht am meisten da, wo man sie zunächst am wenigsten erwartet. Auf den ersten Anblick möchte man vermuten, dass auch hier wieder bezüglich der Rechtsverhältnisse erster Ordnung die Sache am einfachsten liegen müsste; schon darum, weil wir bereits konstatiert haben, dass eine Auflösung von Verhältnissen dieser Art nicht denkbar ist ohne den Wegfall der für sie als bestimmend anerkannten Normen, die also hier in gewissem Sinne als das allein Wesentliche erscheinen und auch von vornherein als unter sich übereinstimmende vorausgesetzt werden dürfen. In Wahrheit trifft jedoch das gerade Gegenteil jener Vermutung zu: die Auflösung eines Verhältnisses zweiter oder dritter Ordnung liegt regelmässig viel unmittelbarer und klarer zu Tage, weil die darüber entscheidenden Normen eine viel bestimmtere und deutlichere Sprache reden. Wohl mag es gelegentlich vorkommen, dass die einem subordinierten Verhältnisse eigenen besonderen Normen, z. B. Vertrags- oder Testamentsnormen, mit

den ihnen superordinierten scheinbar oder auch wirklich im Widerspruche stehen; aber sofern nur dadurch die Eigenschaft des ganzen Verhältnisses als eines subordinierten nicht in Frage gestellt wird, erscheinen in allen solchen Fällen die superordinierten Normen offenbar als die maassgebenden. Und eben diese superordinierten Rechtsnormen, in den obigen Beispielen die Normen des bürgerlichen Rechts, geben meist sicheren Bescheid, unter welchen Voraussetzungen das subordinierte Verhältnis als aufgelöst gelten muss. Höchstens bedarf es noch der oben erwähnten Reduktion, um die in jenen Normen festgestellten Voraussetzungen mit unsern gegenwärtigen Gedankengängen völlig in Einklang zu bringen.[13]) Dagegen fehlt es unter den Normen, die den Inhalt eines Rechtsverhältnisses erster Ordnung, wie z. B. einer Staats- oder Kirchengemeinschaft

---

[13]) Am meisten Zweifel bleiben auch nach dem bürgerlichen Rechte da, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nach Zahl und Art der Subjekte, Objekte und Normen auf wesentlich gleicher Stufe mit den uns vertrautesten Rechtsverhältniseen erster Ordnung stehen: bei den Rechtsverhältnissen der Körperschaften oder Personengesamtheiten. Mancherlei Material hierfür bieten die reichhaltigen Ausführungen von Gierke, Genossenschaftstheorie S. 833—854; aber zugleich zeugen dieselben für die Richtigkeit unsrer Ansicht im allgemeinen. . . Gierke unterscheidet a. a. O. folgende Arten der Beendigung von Genossenschaftsverhältnissen: I. Beendigung ohne eine darauf gerichtete Handlung: 1. Tod oder Austritt sämtlicher Mitglieder, Wegfall des Verbandskörpers durch Reduktion auf Ein Mitglied, Zusammenschrumpfen des Verbandskörpers; 2. Wegfall eines sachlichen Substrats; 3. Erschöpfung der Lebenskraft, sich äussernd in Ablauf einer gesetzten Zeit oder Erreichung eines gesetzten Zieles. II. Beendigung durch eine fremde darauf gerichtete Handlung: 1. von Mitgliedern auf Grund von Sonderrechten, 2. durch einen Akt der Staatsgewalt. III. Beendigung durch eine eigene darauf gerichtete Handlung oder m. a. W. durch Selbstauflösung. . . Alle diese Beendigungsgründe lassen sich bequem auf die oben von uns geltend gemachten Gesichtspunkte zurückführen. I, 1 und I, 2 decken sich vollständig mit dem, was wir als Wegfall wesentlicher Subjekte oder Objekte charakterisiert haben. I, 3 ist offenbar Wegfall der Normenanerkennung auf Grund des Inhalts der bisher anerkannten Normen selbst. II, 1 endlich fällt entweder mit II, 2 zusammen unter die Wirksamkeit superordinierter Rechtsnormen, nach denen die betreffenden Rechtsverhältnisse fortan als nicht mehr existierend zu behandeln sind, oder es stellt nur einen besonderen verfassungsmässigen Grund für die unter III genannte Selbstauflösung dar, d. h. für das bewusste Aufgeben der den Fortbestand des Rechtsverhältnisses bedingenden Normenanerkennung.

ausmachen, meist überhaupt an ausdrücklichen Bestimmungen darüber, was als Wesensinhalt des betreffenden Verhältnisses gelten oder unter welchen Voraussetzungen dasselbe aufgelöst sein soll.[14]) Und selbst wo es möglich scheint, aus den zu einer bestimmten Zeit allgemein anerkannten Rechtsnormen eine Entscheidung in dieser Richtung zu treffen, da ist doch nie zu vergessen, dass die Anschauungen bezüglich der hierbei als maassgebend vorausgesetzten Normen im Laufe der Zeit sich vollständig ändern und demgemäss in einem späteren Zeitpunkte, in welchem die Frage zuerst praktisch wird, die früher als maassgebend zu erachtenden Normen bereits nicht-mehr-anerkannte sein können.

Und damit sind wir zugleich unmittelbar bei der Frage angelangt: In welchem Sinne und unter welchen Voraussetzungen ist — im Gegensatze sowohl zur Auflösung bestehender, wie zur Entstehung neuer Rechtsverhältnisse an Stelle der alten — von einer blossen Veränderung der Rechtsverhältnisse zu reden?

---

[14]) Rücksichtlich der Staatengemeinschaften bedarf dies wohl keiner besonderen Begründung. Nicht ebenso allgemein gilt es für kirchliche Gemeinschaften; die kleineren Freikirchen und Sekten unsrer Tage gleichen in dieser Hinsicht öfters den Privatvereinen des bürgerlichen Rechts, in deren Statuten der Zweck der Gemeinschaft ausdrücklich bestimmt erscheint. Dass jedoch auf die meisten umfassenderen Kirchengemeinschaften, namentlich auch auf unsre evangelischen Landeskirchen, das im Text Bemerkte ebenfalls Anwendung findet, wenn auch eine weit verbreitete Ansicht unter Betonung des kirchlichen „Bekenntnisses" das Gegenteil behauptet, ist mir zweifellos. „Denn fürs erste giebt es für unsere Landeskirchen ein Grundstatut oder eine Stiftungsurkunde, auf welche ihre Existenz in ähnlicher Weise gegründet wäre, wie die der oben besprochenen Privatvereinigungen, offenbar gar nicht. Die älteren Kirchenordnungen, teils provisorische Aushilfsmaassregeln, teils Gesetze für die schon bestehenden Kirchen, unter allen Umständen frei von dem Gedanken, dass es sich darum handle, ein für allemal das Wesen oder den Zweck der Gemeinwesen festzustellen, für die sie bestimmt waren, sind wohl auch niemals dafür gehalten worden. Dass dagegen die Bekenntnisschriften oder auch nur die Augustana noch weit weniger für ein derartiges Grundstatut angesehen werden können, dass auch kein einziges lutherisches Symbol als Urkunde über eine soeben vollzogene oder zu vollziehende Kirchengründung sich darstellt, das zeigt schon ein Blick auf ihre Form, ist übrigens von mir anderwärts (Gesetzgebungsrecht evang. Landeskirchen im Gebiete der Kirchenlehre, Gotha 1869, § XI ff. bes. S. 95 ff.) auch eingehend nachgewiesen worden, ohne dass man bis jetzt eine Widerlegung meiner bezüglichen Aus-

5. Das Wort „Veränderung“ wird nicht nur im gemeinen Leben, sondern auch in der Rechtswissenschaft in einer zwiefachen Bedeutung gebraucht. Wenn wir von einer Veränderung der Subjekte oder Objekte eines Rechtsverhältnisses reden, meinen wir in dem einen Falle gewisse Veränderungen an diesen Subjekten oder Objekten unter gleichzeitiger Fortexistenz der letzteren selbst und zwar auch speziell in ihrer Eigenschaft als Subjekte und Objekte des fraglichen Rechtsverhältnisses; in dem andern Falle denken wir dagegen vielmehr an die von der vorigen grundverschiedene Thatsache, dass innerhalb des als fortbestehend gedachten Rechtsverhältnisses an Stelle der bisherigen Subjekte oder Objekte in grösserem oder geringerem Umfange andere, neue Subjekte oder Objekte getreten sind. Die gleiche Beobachtung lässt sich auch da machen, wo wir von einer Veränderung der Rechtsverhältnisse selbst reden. Zwar glaube ich zunächst konstatieren zu müssen, dass hier der erstere Sprachgebrauch die Regel bildet: überall wo wir die „Veränderung von Rechtsverhältnissen“ in Gegensatz stellen zu deren Entstehung oder Auflösung, ja wir dürfen wohl sagen, überall wo wir den fraglichen Ausdruck schlechtweg — ohne jeden Zusatz — brauchen, da setzen

---

führungen versucht hätte. Eine halbwegs unbefangene Betrachtung der Reformationsgeschichte endlich zeigt geradezu, dass es ein derartiges Grundstatut für die meisten unserer Landeskirchen gar nicht geben kann, da die Bildung derselben augenscheinlich nicht mit einem Male durch je einen einzelnen bewussten Akt der Gründung, sondern ganz allmählich sich vollzogen hat, ja zum Teil ohne und wider Willen der Hauptbeteiligten, deren Intention gar nicht auf eine neue Kirche hinauslief. Mit alledem behaupten wir natürlich nicht, dass die symbolischen Schriften für die Frage nach dem Wesen oder nach dem Zwecke der reformatorischen und nachreformatorischen Kirchenbildungen ohne alles Gewicht seien. Im Gegenteil, wenn man einmal eine derartige Untersuchung wagen will, so werden jene Schriften zu den bedeutendsten Erkenntnismitteln gehören. Aber immer wird zu beachten sein, dass sie nur besonders allgemein anerkannte Ansichten und Überzeugungen von dem wahren Sachverhältnisse enthalten, die nur insoweit maassgebend sein können, als sie richtig sind, und es bleibt daneben noch ein ungeheures Quellenmaterial, — die ganze Reformationsgeschichte, die gesamte Gesetzgebung, die sonstigen Schriften der Reformatoren u. s. w. gehören dazu, — das von kaum geringerem Gewicht ist für die vorliegende Frage, als die Symbole.“ (Zeitschr. f. Kirchenrecht, Bd. XI, S. 251 ff.)

wir auch zugleich ein Fortbestehen der betreffenden Rechtsverhältnisse — trotz der Veränderung — voraus. Aber der Regel stehen doch auch hier Ausnahmen gegenüber: wenn man beispielsweise von der Veränderung einzelner Teilverhältnisse innerhalb ein und desselben Gesamtverhältnisses spricht, so liegt die Vermutung nahe, dass hiermit nicht bloss irgendwelche Veränderung an diesen Teilverhältnissen, sondern vielmehr deren Untergang und Ersetztwerden durch neue Teilverhältnisse bezeichnet werden soll.

Welche der vorerörterten Bedeutungen in jedem einzelnen Falle Platz greift, wird sich natürlich meist leicht aus dem Zusammenhange ergeben. Um indessen allen Missverständnissen vorzubeugen, will ich ein für allemal bemerken, dass ich in der folgenden Darstellung den Ausdruck „Veränderung“ stets nur in der ersten Bedeutung gebrauchen werde; statt von einer Veränderung der Rechtsverhältnisse oder auch nur der Subjekte, Objekte und Normen derselben in der zweiten Bedeutung zu reden, scheint es mir angemessen, den Ausdruck „Wechsel“ der Verhältnisse, der Subjekte u. s. w. oder eine andere ähnliche Bezeichnung zu verwenden.[15])

---

[15]) Die Ausführungen Sigwarts über den Begriff der Veränderung (vgl. insbes. Logik II, S. 113 ff.) können mich in der im Text getroffenen Entscheidung nur bestärken. Freilich meint Sigwart zunächst „von dem Begriffe der qualitativen Veränderung, der nur den kontinuierlichen Durchgang durch eine Reihe von Unterschieden der Intensität oder Qualität einer sinnlichen Empfindung ausdrücken will“, genau unterscheiden zu sollen den „Begriff des Verändertwerdens und Verändertseins, der zum Subjekt nicht den unmittelbar gegebenen, anschaulicheu, von Unterschied zu Unterschied übergehenden Empfindungsinhalt, sondern ein Ding hat, auf welches die Veränderung bezogen wird, das sich verändert oder verändert wird“. Und auf den ersten Anblick handelt es sich hierbei nicht bloss um dieselbe sachliche Unterscheidung, die ich ebenfalls im Texte zwischen den zwei verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks „Veränderung“ gemacht habe, sondern vielmehr zugleich um einen Versuch, den Sprachgebrauch in einer Weise zu fixieren, die der von mir angenommenen Bezeichnungsweise vollständig widersprechen würde. Allein sprachlich gerechtfertigt wäre eine solche strenge Auseinanderhaltung des Begriffs der „Veränderung“ einerseits und der Begriffe „sich verändern, verändert werden oder verändert sein“ anderseits durchaus nicht. Es ist zweifellos erlaubt zu sagen, dass gewisse Qualitäten, als z. B. Formen, Farben u. s. w. sich verändern oder verändert erscheinen, wo ein offenbarer Wechsel der Formen oder Farben vorliegt; es ist ebenso

In den vorstehenden Bemerkungen liegt bereits eine Antwort auf die am Schlusse von Nr. 4 aufgeworfene Frage, in welchem Sinne und unter welchen Voraussetzungen von einer Veränderung von Rechtsverhältnissen — neben und im Gegensatze zur Entstehung und Auflösung von solchen — zu reden sei. Denn es ist darin schon ausgesprochen, dass hierunter nicht eine Verbindung von Auflösung und Entstehung, m. a. W. nicht ein Wechsel der Rechtsverhältnisse, ein Ersetztwerden der alten durch neue zu verstehen ist, sondern vielmehr ein von Entstehung wie Auflösung gleichmässig verschiedener Vorgang, der sich auf der Grundlage der vor der Veränderung bestehenden Verhältnisse vollzieht und darum deren Fortdauer auch nicht in Zweifel stellt. Allein ganz abgesehen von der noch zu erbringenden Klarstellung der gemachten Hauptvoraussetzung, will sagen des Hinweises auf die „Grundlage der vor der Veränderung bestehenden Rechtsverhältnisse", gehört zu einer einigermaassen vollständigen Antwort auf die obige Frage vor allem ein Eingehen auf eine zweite Voraussetzung, die ich in Nr. 2 vorläufig angedeutet, im übrigen aber bisher unberücksichtigt gelassen habe: den „gleichzeitigen Wechsel in Subjekt, Objekt oder Normen" der sich verändernden Rechtsverhältnisse. Liegt in der Betonung der bleibenden Grundlage des sich verändernden Verhältnisses die Abgrenzung des Begriffs der Veränderung gegenüber dem Untergange und der Neugründung von Rechtsverhältnissen, so liegt umgekehrt in der Betonung des Wechsels von Subjekt, Objekt oder Normen die Abgrenzung gegenüber solchen Vorgängen an diesen Dingen, die

---

gewiss sprachlich richtig, auch von Veränderungen der Dinge oder von Veränderungen unser selbst, unter steter Voraussetzung des Fortbestandes der betreffenden Subjekte zu reden. Und was das wichtigste ist: die weiteren Ausführungen von Sigwart selbst zeigen, dass es ihm wesentlich nur auf den auch von mir betonten Unterschied zwischen den beiden in der That grundverschiedenen Bedeutungen von „Veränderung" ankommt. Denn wiederholt, z. B. auf S. 125 f. redet auch er von der „Veränderung des Dings"; und zugleich braucht er öfters und mit augenscheinlicher Vorliebe den Ausdruck „Wechsel der Eigenschaften, der Relationen u. s. w." In der Sache dürften wir also beide völlig übereinstimmen; sogar der besondere technische Sprachgebrauch, den ich für die folgende Darstellung adoptiert habe, wird durch Sigwarts Ausführungen über die Veränderungen der Dinge bereits nahe gelegt.

wohl als Veränderungen dieser, und insofern auch zur Not als Vorgänge innerhalb der betreffenden Rechtsverhältnisse, nimmermehr aber als Veränderungen der Rechtsverhältnisse selbst charakterisiert werden können.

Nehmen wir den zweiten Punkt voraus. Wenn wir behaupten, dass blosse Veränderungen der „Subjekte oder Objekte, oder was nach dem oben von uns angenommenen Sprachgebrauche dasselbe besagt, blosse Veränderungen an denselben für sich allein niemals eine Veränderung des betreffenden Rechtsverhältnisses selbst bedeuten, so wird diese Behauptung kaum Widerspruch erfahren. Personen und Sachen erleiden tagtäglich Veränderungen, die rechtlich ohne alle Bedeutung und eben darum auch nicht als Veränderungen der Rechtsverhältnisse anzusehen sind, deren Subjekte oder Objekte sie bilden.[16]) Auch wo ausnahmsweise gewisse Veränderungen an Personen und Sachen als die Bedingungen erscheinen, von deren Eintritt die Wirksamkeit bestimmter Rechtsnormen und damit zugleich eine Veränderung der sie betreffenden Rechtsverhältnisse abhängt, ist es nicht die Veränderung der Subjekte oder Objekte als solche, sondern einzig und allein der daran geknüpfte Wechsel in den das Rechtsverhältnis beherrschenden Normen, welcher zugleich die Veränderung des letzteren

---

[16]) Man denke z. B. an den fortgesetzten Stoffwechsel im menschlichen Körper, an die Vermehrung der Kenntnisse und Erfahrungen, die Ausbildung gewisser Fähigkeiten und Charaktereigenschaften, überhanpt an alles geistige und leibliche Wachsen und Abnehmen; desgleichen an die analogen Erscheinungen bei Tieren und Pflanzen, sowie an die Abnutzung und umgekehrt an die durch Reparaturen und sonstige Aufwendungen bewirkte Wiederherstellung oder Verbesserung aller möglichen Arten von Sachen. In allen diesen Fällen liegt zweifellos eine Veränderung der betreffenden Personen und Sachen vor, d. h. ein Wechsel ihrer Eigenschaften oder Relationen, der uns dennoch nicht abhält, den jedesmaligen Träger dieser wechselnden Eigenschaften, das Subjekt der wechselnden Relationen als ein und dasselbe zu denken. Allein ebenso gewiss erblicken wir in solchen Veränderungen von Personen und Sachen, als von Subjekten und Objekten der Rechtsverhältnisse, regelmässig gar keine Veränderung dieser Rechtsverhältnisse selbst; denn in der Regel werden sie vom Rechte — genauer: bei der Anerkennung der diese Rechtsverhältnisse beherrschenden Rechtsnormen seitens der betreffenden Rechtsgenossen — schlechtweg ignoriert.

selbst bedingt oder vielmehr schon in sich schliesst.[17]) Und die gleichen Beobachtungen kann man bei näherer Überlegung auch bezüglich derjenigen Fälle machen, in denen uns anders geartete Rechtssubjekte und Rechtsobjekte (vgl. Bd. I, § 13, Nr. 7—9 und § 14, Nr. 9—11) entgegentreten.[18]) Ganz abweichend gestaltet sich dagegen die Sache bei der bisher von uns noch gar nicht berührten Veränderung von Rechtsnormen, die den Inhalt eines Rechtsverhältnisses ausdrücken. Hier muss man in der That sagen, dass jede Veränderung dieser Normen auch eine Veränderung des betreffenden Rechtsverhältnisses darstellt. Nur liegt der Grund dieser Erscheinung gerade darin, dass die Veränderung einer Rechtsnorm überhaupt nicht denkbar ist ohne einen sie herbeiführenden Normen-Wechsel; denn unter den Begriff des

---

[17]) Ein solcher Wechsel in den maassgebenden Normen liegt nicht bloss da vor, wo diese Normen als solche schlechtweg aufgehoben oder durch andere beschränkt werden, sondern auch überall da, wo im konkreten Falle die zuerst für das fragliche Rechtsverhältnis bestimmend gewesenen Rechtsnormen in Gemässheit und zu Gunsten anderer Rechtsnormen ausser Wirksamkeit treten.

[18]) Die völkerrechtlichen Verhältnisse mehrerer Staaten zu einander verändern sich niemals schon darum, weil sich Veränderungen der einzelnen Staaten (als der Subjekte der völkerrechtlichen Verhältnisse) vollziehen; selbst Gebietsveränderungen schliessen an und für sich nicht eine Veränderung des völkerrechtlichen Verhältnisses zwischen den so veränderten Staaten in sich. Dagegen enthalten freilich die Veränderungen, die ein Staat an sich erfährt, öfters zugleich eine Veränderung des Verhältnisses zwischen dem Staate als Gesamtpersönlichkeit und den zu ihm gehörigen Staatsgenossen; sei es allgemein, wie bei allen allgemeinen Rechtsänderungen, sei es nur in Beziehung auf einen Teil der Genossen, wie bei den Gebietsabtretungen. Aber in beiden Fällen ist es wiederum nicht die Veränderung des Staatssubjekts als solchen, welche die gleichzeitige Veränderung des Verhältnisses zwischen Staat und Staatsgenossen bedingt, sondern es ist umgekehrt die Veränderung des letzteren Verhältnisses, die in vorderster Linie steht und die Veränderung des Staatssubjekts nur als gleichzeitige Folge in sich schliesst. Und zwar ist solche in dem einen Falle unmittelbar herbeigeführt durch die sogleich näher zu betrachtende Veränderung der Rechtsnormen, in dem andern noch überdies durch den mit der Gebietsabtretung verbundenen Genossenwechsel. . . . Ganz analoge Erscheinungen lassen sich an den Rechtsverhältnissen anderer juristischer Personen oder fiktiver Rechtssubjekte machen. Nicht minder aber gilt das im Text Gesagte von Rechtsverhältnissen, deren Objekte nicht Sachen, sondern z. B. fremde Rechtsverhältnisse sind. Das Bürgschafts-

Normen-Wechsels fällt nicht nur die vollständige Verdrängung der bisher geltenden durch andere Normen, sondern auch der blosse Hinzutritt neuer zu den alten, die eben hierdurch eine Veränderung (Beschränkung, Erweiterung, Erläuterung) erfahren.[19] Und so führt uns doch auch die genauere Betrachtung der Normen-Veränderungen schliesslich nur zu einer Bestätigung des Prinzips, dass alle Veränderung von Rechtsverhältnissen besteht in dem Wechsel von Subjekt, Objekt oder Normen derselben.

Ungleich schwieriger ist die Abgrenzung des Begriffs der „Veränderung von Rechtsverhältnissen" nach der andern Seite, gegenüber dem Untergange von Rechtsverhältnissen und der Entstehung neuer an Stelle der alten. Jede Veränderung eines Rechtsverhältnisses beruht auf einem Wechsel in Subjekt, Objekt oder Normen; aber nicht jeder Wechsel dieser Dinge bedeutet bloss eine Veränderung, er kann vielmehr auch Untergang und Neubildung bedeuten. Wie also muss dieser Wechsel beschaffen sein, wenn er bloss Veränderung des Rechtsverhältnisses bedeuten soll?

Wir antworten zunächst, in Wiederholung des schon oben (S. 27) Bemerkten: der Wechsel in Subjekt, Objekt oder Normen muss sich auf der Grundlage des vor dem Eintritt dieses Wechsels bestehenden Rechtsverhältnisses vollziehen, oder

---

verhältnis als solches verändert sich nicht darum allein schon, weil das Schuldverhältnis, auf das sich die Bürgschaft bezieht, eine gewisse Veränderung erfährt; vielmehr ist es eben dieselbe, wenn auch veränderte (z. B. durch Teilzahlung geminderte) Schuld, für welche der Bürge nach wie vor haftet: vorausgesetzt natürlich, dass nicht die Veränderung eine solche ist, an deren Eintritt die Wirksamkeit besonderer Normen des Bürgschaftsvertrags oder auch besonderer, gerade auf das Bürgschaftsverhältnis bezüglicher Normen des superordinierten, bürgerlichen Rechts geknüpft erscheinen. . . . Von selbst versteht sich, dass alle die Fälle, in denen nicht etwas längere Zeit hindurch Dauerndes als Rechtsobjekt auftritt, sondern vielmehr etwas Vorübergehendes, wie die in § 13, Nr. 10 genannten Akte, für die Frage der Veränderung von Rechtsobjekten überhaupt nicht in Betracht kommen können.

[19]) Dass auch das Nach-einander-wirksamwerden verschiedener Rechtsnormen, die ihrem Zwecke nach, wenn auch teilweise nur als Eventualnormen, zum Inhalte desselben Rechtsverhältnisses gehören, als ein Normen-Wechsel aufzufassen ist, wurde schon in Anm. 17 bemerkt. Zweifelhafter mag es sein, ob es mit dem bisherigen Sprachgebrauche verträglich, hier von einer Normen-Veränderung zu reden.

was dasselbe besagt, er muss das Wesen dieses Verhältnisses unberührt lassen. Genauer betrachtet jedoch sind mit dieser Antwort zwei Arten von Kriterien gegeben: einmal allgemeine, für schlechthin jedes Rechtsverhältnis gültige Kriterien; anderseits besondere, aus der eigentümlichen Natur jedes einzelnen konkreten Rechtsverhältnisses — wenn auch von einem bestimmten allgemeineren Gesichtspunkte aus — zu entnehmende Kriterien. Die ersteren ergeben sich mit Notwendigkeit aus dem Begriff des Rechtsverhältnisses überhaupt; die anderen allein aus der das betreffende besondere Rechtsverhältnis beherrschenden Normenanerkennung.[20])

---

[20]) Wir können diese Kriterien „blosser Veränderung eines Rechtsverhältnisses" auch als Kriterien wirklicher Identität eines Rechtsverhältnisses mit sich selbst trotz einem Wechsel in Subjekt, Objekt oder Normen bezeichnen. Darin liegt zugleich ein Protest gegen die neuerdings — zuerst von Bekker, Pandekten I, Beil. I zu § 33, S. 106 — aufgestellte Behauptung: „Feste Kriterien wirklicher Identität giebt es nicht." Es ist freilich nur wenig klar, was damit eigentlich gesagt sein soll; aber gerade darin liegt eine Gefahr, wie die nicht zu unterschätzende Zustimmung beweist, die der obige Satz bereits, wenn auch bisher nur vereinzelt, gefunden hat. Hat Bekker nie etwas von dem bekannten, logischen „Satz der Identität" gehört, der die oberste Voraussetzung aller Wissenschaft, ja überhaupt jedes vernünftigen Denkens bildet? Oder will er zielbewusst diesen Satz leugnen und den schrankenlosesten Skeptizismus und Subjektivismus für gerechtfertigt erklären? Ich kann weder das eine, noch das andere glauben; aber die Worte Bekkers lauten jedenfalls so allgemein, dass sie zunächst mit jenem obersten Gesetze der Logik unverträglich erscheinen. Dabei gebe ich von vornherein zu, dass auch ich schliesslich kein anderes Kriterium der „wirklichen Identität" kenne, als das Kriterium der unmittelbaren Evidenz, wie solche den alleinigen letzten Grund alles unsers Wissens bildet. Nur bin ich überzeugt, — und ohne solche Überzeugung hat offenbar auch jenes oberste Gesetz der Logik keinen Sinn mehr, — dass diese unmittelbare Evidenz niemals versagt, wo wirklich volle Identität vorliegt. Oder wir können auch mit einer logischen Umkehrung sagen: Überall wo die Identität nicht unmittelbar evident ist, da ist auch keine reine, volle Identität vorhanden. Die Schwierigkeiten beginnen also immer erst, wo zum einen Teile Nicht-Identität oder m. a. W. ein Wechsel der Erscheinungen (Vorstellungen, Begriffe u. s. w.) unleugbar ist, aber doch zugleich durch die Art und Weise, wie diese wechselnden Erscheinungen untereinander verbunden sind, in uns die Frage wach wird, ob nicht dieser ganzen Reihe von Erscheinungen ein und dasselbe Etwas, wie auch immer unsern Blicken verhüllt, zu Grunde liege. Nun wäre es ja möglich, dass die oben citierte Äusserung Bekkers

Nach dem früher von uns dargelegten Begriffe des Rechtsverhältnisses gehört zu jedem Rechtsverhältnisse mindestens Ein berechtigtes und Ein verpflichtetes Subjekt und mindestens Eine selbständige Rechtsnorm, die das Verhalten der Subjekte zu einander und zwar in Beziehung auf mindestens Ein Objekt bestimmt. Soll also ein Wechsel der

---

bloss dahin ginge, dass es keine festen Kriterien für die Auffindung und Klarlegung dieses identischen Etwas gebe. Allein dann würde sie wieder nichts weiter als eine in paradoxe Gewandung gekleidete Trivialität sein; denn dass es für die Richtigkeit der Schlüsse, in denen wir aus einer grösseren oder geringeren Zahl von unmittelbar evidenten oder doch durch irgendwelche Erfahrungen gegebenen Thatsachen die Existenz oder Notwendigkeit einer identischen Grundlage oder eines identischen Kerns folgern, noch andere Kriterien vorhanden seien, als die für „Schlüsse" überhaupt maassgebenden Grundsätze der Logik, hat auch bisher schon kein Mensch behauptet. Gerade darum liegt aber auch in dem Mangel besonderer Kriterien gar kein Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung von Untersuchungen über die Identität gewisser Dinge, Subjekte, Verhältnisse, Rechte u. s. w. Am allerwenigsten ist es erlaubt, von solchen Untersuchungen über die wirkliche Identität bloss darum abzusehen, weil nun einmal das römische oder irgend ein anderes Recht die Sache so und so aufgefasst habe. Freilich hängt die Entscheidung über die Identität von Rechtsverhältnissen, wie schon in Nr. 4 angedeutet wurde und alsbald noch näher erörtert werden soll, in ausgedehntem Maasse von dem Inhalte der sie beherrschenden Rechtsnormen ab. Aber direkte Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen Rechtsverhältnisse als identisch anzusehen seien, bieten unsre positiven Rechte, insbesondere auch das heutige römische Recht, nur verhältnismässig wenig; und vollends das, was sie gelegentlich bezüglich der Identität von Subjekten und Objekten der Rechtsverhältnisse bestimmen, trifft gar nicht die Regel, sondern nur vereinzelte streitige Fälle. Und was das Wichtigste ist, jene positivrechtliche Auffassung ist von Haus aus nichts anderes als das Resultat praktisch-juristischer Arbeit, unternommen zur Entscheidung konkreter Rechtsfälle: die römische Jurisprudenz selbst hat, — zunächst ohne Leitung durch irgendwelche positivrechtliche Vorschriften, — wo das praktische Bedürfnis es forderte, in derselben Weise über die „wirkliche Identität" nachgedacht, wie wir dies verlangen. Dass sie trotzdem auch heute noch für uns bindend ist, soweit heute noch die Geltung der also entstandenen positivrechtlichen Bestimmungen reicht, versteht sich von selbst; dass sie aber auch darüber hinaus, sei es für unsre Gesetzgebung, sei es auch nur für die praktisch-juristische Beurteilung von Fällen, für welche die fraglichen positiven Vorschriften nicht gegeben sind, schlechthin bindend sein sollen, das heisst ein Sacrifizio dell' intelletto fordern, wie es der Wissenschaft schlecht ansteht.

Subjekte, Objekte, Normen keinen Untergang, sondern bloss eine Veränderung des betreffenden Verhältnisses herbeiführen, so muss er zum mindesten zwei Subjekte der vorbezeichneten Art, eine selbständige Rechtsnorm als Inhalt, sowie ein durch sie bezeichnetes Objekt übrig lassen; oder m. a. W. der Wechsel dieser nach dem Begriffe wesentlichen Momente darf nicht zu einem völligen Verschwinden derselben werden (vgl. oben Nr. 4, S. 19 ff.). Und wie hiernach jedes wirkliche Verschwinden eines solchen wesentlichen Merkmals notwendig den Untergang des bisher bestehenden Rechtsverhältnisses bedeutet, so ist jede spätere „Wiedererweckung der fehlenden Merkmale" in Wahrheit eine Neugründung und jede andere Auffassung der Sache, mag sie nun von dem das neue Verhältnis beherrschenden Rechte selbst adoptiert sein oder nur als wissenschaftliche Theorie auftreten, unter allen Umständen eine Fiktion.[21])

In ganz ähnlicher Weise können wir weiter folgern: Bei einem Rechtsverhältnisse mit streng konkret bestimmten Subjekten oder mit streng konkret bestimmtem Objekt ist jeder Wechsel der Subjekte bezw. des Objekts gleichbedeutend mit Auflösung des alten und Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses; wo trotzdem das neue Rechtsverhältnis nicht als ein solches, sondern als blosse Fortsetzung des alten mit gewissen Modifikationen aufgefasst, wo m. a. W. das alte als noch fortbestehend und nur in den bezeichneten Punkten verändert angesehen wird, da liegt wiederum eine Fiktion vor. Allein bei solcher Schlussfolgerung ist eins nicht zu vergessen: so zweifellos richtig dieselbe (rein abstrakt betrachtet) ist, so gewiss wird in allen hierher gehörigen Fällen vor allem die Frage aufzuwerfen sein, ob wir uns nicht bezüglich der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse einer Täuschung hingeben, ob sie auch wirklich Rechtsverhältnisse mit streng konkreten Subjekten oder Objekten sind oder vielmehr nur Rechtsverhältnisse mit bloss vorläufig oder teilweise individuell, im letzten Grunde aber nur

[21]) Beispiele: Annahme des Fortbestandes einer Genossenschaft nach Zusammenschrumpfen derselben auf ein einziges Mitglied — zum Zweck leichterer Erneuerung; Aufrechterhaltung des Hypothekenverhältnisses trotz eingetretener Konfusion von Forderung und Schuld — zum Zweck späterer Cession der Forderung.

generell bestimmten Subjekten oder Objekten.[22]) Und damit kommen wir unmittelbar zu dem, was wir oben als zweite Art von Kriterien angedeutet haben.

Auch auf diese zweite Art von Kriterien, wie solche aus der besonderen Natur jedes einzelnen Rechtsverhältnisses, genauer gesagt aus den dasselbe unmittelbar vor dem Eintritt des fraglichen Subjekt-, Objekt- oder Normen-Wechsels beherrschenden Rechtsnormen oder m. a. W. aus der auf diese Normen bezüglichen Anerkennung der in dem betreffenden Verhältnisse verbundenen Rechtsgenossen zu entnehmen sind, ist bereits in Nr. 4 (S. 22) hingewiesen worden. Was uns dort als Kriterium des notwendigen Untergangs erschien, das wird uns hier — natürlich in umgekehrter Fassung — zum Kriterium der blossen Veränderung des bestehenden Rechtsverhältnisses. Wohl aber bedürfen die dort begonnenen Erörterungen noch einer weiteren Durchführung, und zwar in doppelter Hinsicht.

Fassen wir zuvörderst Rechtsverhältnisse ins Auge, die als Verhältnisse niederer Ordnung einem Verhältnisse höherer Ordnung subordiniert sind. Entscheidend sind hier unter allen Umständen die Rechtsnormen, die den Inhalt des superordinierten Verhältnisses, also z. B. der den Privatrechtsverhältnissen superordinierten bürgerlichen Gesellschaft oder des den öffentlich-rechtlichen übergeordneten Staatsverhältnisses bilden. Aber allerdings mit einem nicht ganz unwichtigen Unterschiede, wie er sich mit Notwendigkeit aus dem

---

[22]) Hierher gehört z. B. der Eintritt der Ersatzforderung an Stelle der Forderung eines nicht mehr realisierbaren Objekts, sofern die erstere von Anfang an — als Eventualforderung — in dem betreffenden Rechtsverhältnisse mit enthalten war. Auch die verschiedenen Fälle der „Succession" werden unter diesem Gesichtspunkte zu prüfen sein. Für die meisten derselben halte ich allerdings nach wie vor (Kritik II, S. 93—95) für das einzig Natürliche, das nach eingetretener „Rechtsnachfolge" oder „Rechtsübertragung" bestehende Rechtsverhältnis als ein neues, nur aus dem alten abgeleitetes (d. h. durch Beziehung auf dessen Inhalt ausschliesslich bestimmtes) aufzufassen. Nur insoweit bezeichnet der Ausdruck „Succession" keine blosse Fiktion, als das in Frage kommende Rechtsverhältnis selbst als ein Verhältnis mit bloss generell bestimmten Subjekten anzusehen ist und darum die Nacheinanderfolge verschiedener Individuen als Inhaber der zum Inhalt des Verhältnisses gehörigen Rechtsansprüche seinem eigensten Wesen entspricht. Vgl. im übrigen Bd. I, SS. 292—300, 305—308.

früher (§ 19, Nr. 8, Bd. I, S. 334 f.) über die zwei Hauptarten der Subordination von Rechtsverhältnissen Bemerkten ergiebt. Wo die Verhältnis-Subordination nicht zugleich eine Normen-Subordination in sich schliesst, wo also der Inhalt des subordinierten Rechtsverhältnisses in keiner Weise durch besondere, ihm eigentümliche Normen, sondern ausschliesslich durch die an sich zum Inhalt des superordinierten Verhältnisses gehörigen, allgemeinen Rechtsnormen bestimmt wird, sofern nämlich solche auf gewisse dem subordinierten Verhältnisse charakteristische, konkretere Objekte bezogen erscheinen, da können auch einzig und allein die betreffenden superordinierten Rechtsnormen für die Entscheidung der Frage in Betracht kommen, was als Auflösungs- oder Veränderungsgrund, bezw. was als wesentliches Merkmal oder Erfordernis eines Rechtsverhältnisses anzusehen ist. Ausserdem spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass jede Setzung von Normen, durch welche die Subjekte des fraglichen subordinierten Rechtsverhältnisses in dessen Gestaltung einzugreifen versuchen, von dem superordinierten Rechte nicht als blosser Veränderungsgrund in Bezug auf das bestehende Verhältnis, sondern vielmehr als Entstehungsgrund eines neuen subordinierten Rechtsverhältnisses neben oder an Stelle des alten behandelt wird. Wo dagegen der Inhalt des subordinierten Verhältnisses von vorn herein — ganz oder doch teilweise — durch besondere, subordinierte Normen gegeben ist, da fällt nicht nur die letztere Vermutung vollständig hinweg, sondern es sind auch bei Beantwortung der Frage, was als wesentliches Merkmal oder Erfordernis des Rechtsverhältnisses zu gelten habe, in erster Linie die subordinierten, dem subordinierten Verhältnisse eigentümlichen Normen ins Auge zu fassen. Denn vor allen Dingen ist aus ihnen (oder wenn man lieber will, aus dem in ihnen manifestierten Willen) allein zu entnehmen, ob es sich überhaupt um ein subordiniertes oder vielmehr um ein an sich selbständiges, günstigenfalls bloss subsumierbares Rechtsverhältnis handelt. Anderseits ist zu vermuten, dass die fraglichen besonderen Normen, falls sie überhaupt als subordinierte gelten können, auch nach der Intention des superordinierten Rechts für die Eventualitäten der Veränderung und Auflösung des von ihnen bestimmten Verhältnisses in erster Reihe maassgebend sein

sollen. Erst wenn reifliche Prüfung ergiebt, dass diese Vermutung für den gegebenen Fall nicht zutrifft, dass also wirklich — trotz der Thatsache der Normen-Subordination im allgemeinen — ein Widerspruch zwischen super- und subordinierten Normen besteht, oder richtiger gesagt, dass gewisse mit den in der That subordinierten Normen in Verbindung stehende, von denselben Subjekten gesetzte Normen in Wahrheit keine subordinierten Normen sind, gewinnt auch hier der an die Spitze dieser Bemerkungen gestellte Grundsatz, dass nur die superordinierten Normen als die schliesslich entscheidenden anzusehen sind, praktische Bedeutung.

Die zuletzt besprochene Art von subordinierten Rechtsverhältnissen steht schon gewissermaassen in der Mitte zwischen den subordinierten Verhältnissen der zuerst besprochenen Art und den Rechtsverhältnissen erster Ordnung (mit Einschluss der bloss subsumierbaren Rechtsverhältnisse). Überall, wo die Entscheidung der Frage, ob eine Thatsache als Veränderungs- oder als Endigungsgrund eines Rechtsverhältnisses zu gelten habe, nicht von den dem fraglichen Verhältnisse eigentümlichen, sondern von ihm superordinierten Rechtsnormen abhängt, da wird ihre Beantwortung im allgemeinen oder m. a. W. die Konstatierung der maassgebenden Normen meist keine besondere Schwierigkeit machen. Freilich ist ja auch eine Veränderung der superordinierten Rechtsnormen im Laufe der Zeit möglich; und diese Veränderung der superordinierten Normen wird in der Regel auch für die bereits bestehenden subordinierten Verhältnisse von maassgebender Bedeutung sein. Allein die Veränderung der Rechtsnormen vollzieht sich hier regelmässig ganz unabhängig von dem Eintritt der bezüglichen Veränderungs- oder Endigungsthatsachen, und ebendarum auch in deutlich erkennbarer Absicht und Begrenzung. Bei den Rechtsverhältnissen erster Ordnung dagegen — und soweit dem subordinierten Verhältnisse Veränderungs- und Endigungsgründe ebenfalls durch die ihm ausschliesslich eignenden Normen bestimmt werden, auch bei solchen Rechtsverhältnissen niederer Ordnung — ist die Frage nicht zu umgehen, ob nicht im gegebenen Falle, d. h. bei Eintritt gewisser Veränderungs- oder Auflösungsgründe, gleichzeitig eine Änderung der maassgebenden Rechtsnormen stattgefunden hat, die zu einer ganz andern Auffassung der Sache nötigt, als die vorher das Ver-

hältnis beherrschenden Normen. Allerdings wird man dann auch die weitere Frage aufwerfen können, ob nicht von bestimmten allgemeinen Gesichtspunkten aus gerade eine solche Normen-Änderung nicht bloss als Veränderung des bestehenden Rechtsverhältnisses, sondern vielmehr als Auflösung desselben und Begründung eines neuen anzusehen sei. Aber praktisch betrachtet wird schliesslich immer die Intention der gegenwärtig zur Anerkennung gelangten Rechtsnormen den Ausschlag geben müssen. Zum mindesten gilt dies überall, wo es durchweg oder doch der überwiegenden Mehrzahl nach dieselben lebendigen Menschen sind, die unsrer Betrachtung als Subjekte sowohl des bisherigen wie des gegenwärtigen Rechtsverhältnisses entgegentreten; denn für die Richtigkeit des Urteils gerade dieser identischen Subjekte über den Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsverhältnissen bezw. zwischen den beiden Phasen des Einen Rechtsverhältnisses spricht jedenfalls die allerstärkste Vermutung. Ganz davon zu schweigen, dass in den Ausnahmefällen, in denen der unauflösliche Widerspruch zwischen der gegenwärtigen Auffassung und dem Wesensinhalt des früheren Verhältnisses geradezu auf der Hand liegt, jene gegenwärtige Auffassung immerhin als Fiktion ihre praktische Geltung nicht minder behauptet, als in den normalen Fällen nach der Natur der Sache selbst. (Vgl. Nr. 4 a. E., insbes. Anm. 14.)

Zum Schluss noch ein ganz kurzes Wort über die Möglichkeit von Unterscheidungen innerhalb des Begriffs der „Veränderung von Rechtsverhältnissen". Es lassen sich ja zweifellos Veränderungen der Rechtsverhältnisse von verschiedener Art und verschiedener Bedeutung unterscheiden. Schon aus den vorausgehenden Erörterungen ergeben sich mehrere derartige Unterscheidungen; und auch abgesehen hiervon sind solche leicht aus der Verschiedenheit der Dinge, in deren Wechsel — ganz oder doch in erster Linie — die Veränderung des Rechtsverhältnisses besteht, sowie ferner aus der Verschiedenheit der für die Beurteilung derselben maassgebenden und doch selbst wieder dem Wechsel unterliegenden Rechtsnormen zu entnehmen.[23]) Dagegen muss ich mich entschieden gegen die

---

[23]) Vom ersten Gesichtspunkte aus beobachten wir: 1. Veränderungen der Rechtsverhältnisse durch Wechsel des Subjekts, z. B. die Veränderung

Unterscheidung von „wesentlichen und unwesentlichen Veränderungen“ aussprechen, wie sie neuerdings Gierke — allerdings nur speziell für die Körperschaftsverhältnisse, aber damit doch gerade für eine der umfassendsten und bedeutsamsten Gruppen der Rechtsverhältnisse — aufgestellt hat.[24]) Wäre unter der „wesentlichen Veränderung“ eine „Wesens-Änderung“ des Rechtsverhältnisses zu verstehen, wozu der sprachliche Ausdruck wohl

des Vereinsverhältnisses durch Eintritt oder Ausscheiden von Mitgliedern, die Veränderung des durch die Ausstellung eines Wechsels oder Inhaberpapiers begründeten Schuldverhältnisses durch Weiterbegebung an andere Personen, die Veränderung des Rechtsverhältnisses zwischen Realberechtigtem und Realschuldner durch jeden Wechsel im Besitz der bezüglichen Grundstücke; 2. Veränderungen, die sich — mindestens in erster Linie — durch den Wechsel des Objekts kennzeichnen, z. B. die Veränderung einer Alternativobligation durch den Wegfall des einen oder andern der mehreren zur Auswahl stehenden Objekte, desgleichen die Veränderung jedes Vertragsverhältnisses durch Untergang des nächstbestimmten Objekts, sofern der Vertrag oder die ihm superordinierten Rechtsnormen für solchen Fall ein Ersatz-Objekt bezeichnen; 3. Veränderungen, die ausschliesslich oder vorzugsweise in einem Wechsel der das Verhältnis beherrschenden Rechtsnormen bestehen, wie die Veränderung eines Vertragsverhältnisses durch Zusatz-Vertrag, die Veränderung eines Vereinsverhältnisses durch Änderung der Statuten, vor allem auch die fortgesetzte Veränderung sowohl des Staatsverhältnisses im engern Sinne als des Verhältnisses der bürgerlichen Gesellschaft durch die Schaffung neuer Normen des öffentlichen oder Privatrechts. . . . Vom zweiten im Texte genannten Gesichtspunkte aus können wir — nach Analogie dessen, was wir in gleicher Richtung für die Entstehung und Auflösung von Rechtsverhältnissen ausgeführt haben — unterscheiden: 1. Veränderungen von Rechtsverhältnissen erster Ordnung und Veränderungen von solchen zweiter, dritter u. s. w. Ordnung; 2. innerhalb der letzterwähnten Gattung diejenigen Veränderungen, die auf Grund der besonderen, dem subordinierten Rechtsverhältnisse eigentümlichen Normen, und solche, die auf Grund der demselben superordinierten Rechtsnormen erfolgen.

[24]) Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 809: „Die Verbandspersonen erfahren gleich den Einzelpersonen infolge eigner oder fremder Handlungen oder sonstiger von der Rechtsordnung mit solcher Wirksamkeit begabter Vorgänge mancherlei Veränderungen ihrer Rechtsverhältnisse. Es liegt im Wesen aller Persönlichkeit, dass sie im Wechsel der Verhältnisse stets sie selbst bleibt. So ist denn auch die rechtliche Identität im Wechsel der rechtlichen Schicksale von je als ein Wesensmerkmal der juristischen Personen betrachtet worden. . . . Allein gleichwohl unterscheiden sich die Veränderungen hinsichtlich ihrer rechtlichen Be-

verführen könnte, so fiele diese Art von „Veränderung“ in Wahrheit unter den Gesichtspunkt der Auflösung von Rechtsverhältnissen zufolge einer Neugründung. Ist dies aber nicht die Meinung, — und die Meinung Gierkes ist es ganz sicher nicht, — so werden „wesentlich“ und „unwesentlich“ zu völlig nichtssagenden Ausdrücken, die nur dem verständlich sind, der bei ihrer Verwendung eine besondere Erklärung zur Seite hat. Und was noch ungleich wichtiger ist, es fehlt auch an einem wahren sachlichen Bedürfnisse für eine solche Unterscheidung. In Betreff der ganzen grossen Masse von Rechtsverhältnissen wird dies auch Gierke selbst wahrscheinlich offen zugeben; denn seine eigene Erklärung von „wesentlicher und unwesentlicher Veränderung“ passt durchaus nur für die Verhältnisse juristischer Personen. Jedoch auch innerhalb des letzteren, sehr viel beschränkteren Bereiches dürfte die Unterscheidung bei näherer Betrachtung als wert- und haltlos sich erweisen.[25])

---

deutung für die Persönlichkeit als solche nicht bloss dem Grade, sondern auch der Art nach. Denn während einige von ihnen die Persönlichkeit überhaupt unberührt lassen, wird durch andere der rechtliche Zustand der Person als solcher affiziert. Man kann mit Rücksicht auf das ungleiche Verhältnis zum Recht der Persönlichkeit beide Klassen einander unter der kurzen Bezeichnung „„unwesentliche““ und „„wesentliche““ Veränderungen gegenüberstellen.“

[25]) Von einem systematischen Werte zu reden, verbietet sich bei der Beschränkung der Unterscheidung auf die Verhältnisse juristischer Personen von selbst. Ebensowenig aber hat die Unterscheidung Wert für die Auslegung und Anwendung der die bezüglichen Verhältnisse beherrschenden Rechtsnormen; die Ausführungen Gierkes selbst zeigen deutlich, dass das positive Recht zahlreiche Veränderungen, die nach seiner Meinung als „unwesentliche“ zu charakterisieren sind, mit den „wesentlichen“ völlig gleich und anderseits die von ihm als „wesentlich“ bezeichneten in mehrfacher Hinsicht ungleich behandelt. Ich gehe indessen noch weiter: ich erachte die Begriffsbestimmung Gierkes überhaupt für unklar und darum unhaltbar. Was heisst „den rechtlichen Zustand einer Person als solcher affizieren“? An Vernichtung oder auch nur Gefährdung der juristischen Persönlichkeit ist offenbar nicht zu denken; rechnet doch G. gewisse Veränderungen, die zweifellos eine Gefährdung der Persönlichkeit in sich schliessen, zu den unwesentlichen (vgl. z. B. Anm. 1 zu S. 810), während bei den meisten wesentlichen Veränderungen, die er S. 811 ff. anführt, der Gedanke der Gefährdung der Persönlichkeit gar nicht aufkommen kann. Und was bleibt dann übrig? In der That ist gar

6. Überschauen wir noch einmal kurz die Resultate der vorausgehenden Erörterungen.

Ein Rechtsverhältniss entsteht — so sahen wir — in dem Augenblicke, wo die ihm wesentlichen Subjekte durch die entsprechende wesentliche Normenanerkennung und zwar in Beziehung auf das dem fraglichen Verhältnisse charakteristische Objekt vereinigt erscheinen. Daher entsteht ein Rechtsverhältnis erster Ordnung in seiner Totalität, als Gesamtverhältnis, immer nur unter gleichzeitiger Entstehung der seinen Inhalt, mindestens seinen nächsten Inhalt bildenden Rechtsnormen. Umgekehrt kann ein blosses Teilverhältnis als solches, also für sich allein, nur entstehen unter der Voraussetzung, dass das Gesamtverhältnis, zu dem es gehören soll, bereits vorher vorhanden und überdies ein Rechtsverhältnis mit mindestens teilweise generell besimmten Subjekten ist. Einer Entstehung neuer Rechtsnormen bedarf es nicht; wo sie trotzdem — als Inhalt des Aufnahme- oder Unterwerfungsaktes — anzunehmen ist, bedeutet sie nur eine ausdrückliche Verweisung auf die Normen des Gesamtverhältnisses, bezw. deren ausdrückliche Anerkennung seitens der neu hinzukommenden Subjekte. Die Entstehung eines subordinierten Rechtsverhältnisses endlich setzt bestimmte superordinierte Rechtsnormen und damit zugleich ein superordiniertes Rechtsverhältnis, zu dessen Inhalte solche gehören, als bereits bestehend voraus; aber als spezieller Entstehungsgrund tritt uns bald die Setzung neuer und

nicht abzusehen, warum der Wechsel der zeitweiligen Subjekte und des allgemeinen Vermögensbestandes eine schlechtweg unwesentliche Veränderung, dagegen jede Verfassungsänderung, jede, auch die kleinste Änderung der Organisation, jede Minderung des Grundvermögens u. s. w. eine wesentliche Veränderung sein soll. Ein wichtiger Unterschied zwischen den solcherweise auseinander gehaltenen Thatsachen besteht allerdings: die Veränderungen der zweiten Art beruhen sämtlich auf einer Änderung der zum Inhalt des Rechtsverhältnisses gehörenden Rechtsnormen, die Veränderungen der ersten Art hingegen nicht. Und will man unter dem „rechtlichen Zustand der juristischen Person als solcher“ schlechtweg alle ihre Rechtsverhältnisse beherrschenden Rechtsnormen verstehen, so kann man Gierke in der Sache Recht geben. Allein ganz abgesehen davon, dass dadurch die Bezeichnung „wesentliche und unwesentliche Veränderungen“ nicht gerechtfertigt wird, warum will man dann das Ding nicht gleich beim richtigen Namen nennen?

zwar nunmehr subordinierter Normen, bald auch nur der Eintritt gewisser anderer Bedingungen entgegen, an welche (natürlich in Gemässheit der superordinierten Normen) die dem subordinierten Rechtsverhältnisse charakteristische Beziehung bestimmter Subjekte auf ein bestimmtes Objekt geknüpft erscheint.

Zur Auflösung eines Rechtsverhältnisses genügt schon der Wegfall eines einzigen ihm wesentlichen Begriffsmerkmals oder m. a. W. jede Thatsache, durch welche die Erfüllung auch nur eines einzigen wesentlichen Erfordernisses des Rechtsverhältnisses aufgehoben erscheint. Jedoch schliesst bei Rechtsverhältnissen erster Ordnung jede derartige, den Untergang des Gesamtverhältnisses bedingende Thatsache stets zugleich das Aufhören der bezüglichen Rechtsnormen-Anerkennung in sich; nur Teilverhältnisse und subordinierte Rechtsverhältnisse können untergehen, obgleich die das Verhältnis beherrschenden Normen — ganz oder teilweise — in Geltung bleiben.

Nicht zu verwechseln mit der Endigung eines Rechtsverhältnisses durch Begründung eines neuen an Stelle des alten ist die blosse Veränderung ein und desselben Rechtsverhältnisses. Von einer solchen blossen Veränderung reden wir, wenn zwar ein Wechsel in Subjekt, Objekt oder Normen, oder in der Beziehung derselben zu einander stattfindet, aber trotzdem das Rechtsverhältnis im ganzen unsrer Anschauung als das gleiche sich darstellt, weil jener Wechsel schon in den Begriff oder Wesensinhalt des Rechtsverhältnisses aufgenommen ist. Allgemein ausgeschlossen ist danach ein Wechsel, der dem allgemeinen Begriff des Rechtsverhältnisses überhaupt widersprechen würde. Was dagegen sonst zum Wesensinhalt eines Rechtsverhältnisses gehört, ist bei Verhältnissen erster Ordnung aus den zu ihrem Inhalte gehörigen Normen, bezw. aus deren Bildungsgeschichte zu entnehmen. Für Rechtsverhältnisse zweiter, dritter u. s. w. Ordnung entscheiden entweder ausschliesslich die superordinierten Rechtsnormen oder die dem subordinierten Verhältnisse eigentümlichen Normen niederer Ordnung in Unterordnung unter die ihnen superordinierten.

Die Schwierigkeiten, die sich bezüglich der Konstatierung des Wesensinhalts eines Rechtsverhältnisses gelegentlich ergeben,

können uns nicht hindern, in dem Ganzen der vorstehend kurz zusammengefassten Erwägungen eine zureichende Grundlage für jede tiefer gehende Theorie über Entstehung, Endigung und Veränderung von Rechtsverhältnissen zu erblicken. Aber zugleich ist aus unsern bisherigen Ausführungen auch die Grenze zu erkennen, die jeder allgemeinen Theorie von diesen Dingen gesetzt ist.

Nur ein Teil der juristischen Thatsachen, die als Gründe der Entstehung, Endigung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen zu charakterisieren waren, nämlich die Entstehung und Aufhebung von Rechtsnormen, verträgt oder fordert vielmehr eine zusammenhängende Untersuchung und Darstellung.[26]) In der That hat denn auch die Rechtswissenschaft schon längst bedeutsame Schritte in dieser Richtung gethan. Es kommt nur darauf an, die „Lehre von den Rechtsquellen" auf diejenige breitere Basis zu stellen, die wir in unserem Begriffe des Rechts besitzen und bereits im ersten Buche eingehend dargelegt haben.[27])

Ganz anders liegt die Sache bezüglich der grossen Masse sonstiger juristischer Thatsachen, die als Gründe der Ent-

---

[26]) Auch hierbei kann es sich natürlich nicht um das Entstehen und Vergehen der Rechtsgedanken handeln, die den Inhalt der Rechtsnormen bilden, sondern immer nur darum, wie irgendwelche Gedanken solcher Art zu Rechtsnormen werden, bezw. den Charakter als Rechtsnormen verlieren.

[27]) Ich kann nicht unterlassen, bei dieser Gelegenheit einen Angriff der allerjüngsten Zeit auf den angeblich durch und durch naturrechtlichen Charakter der gesamten bisherigen Darstellungen der Lehre von den Rechtsquellen kurz zurückzuweisen. Es handelt sich um die Ausführungen von Neukamp in seiner „Einleitung in eine Entwickelungsgeschichte des Rechts". Was freilich hier S. 37—40 direkt gegen mich ausgeführt ist, beruht im Einzelnen so sehr auf Missverständnis oder Silbenstecherei, dass eine eingehende Widerlegung in keinem Verhältnisse mit dem Nutzen stehen würde. Dagegen glaube ich konstatieren zu müssen, dass nach den Zugeständnissen, die N. an den verschiedensten Stellen in Betreff der „gewissen gemeinsamen Züge", welches „alles positive Recht bei all seiner Veränderlichkeit hat", und die er S. 104 selbst darauf zurückführt, dass „die menschliche Natur überall gewisse Grundzüge aufweist", vor allem aber mit der für die Entwickelungsgeschichte des Rechts aufgestellten Forderung, die allgemeinen Erscheinungen in allen möglichen positiven Rechten von den nationalen zu sondern und daraus die „Gesetze der Rechtsentwickelung" abzuleiten, er selbst der Sache nach dem „Naturrechte" sehr viel näher steht, als ich und die meisten andern, denen die Begriffe „Recht" und „Rechtsquelle" nicht „rein positiv-rechtliche" sind.

stehung, Endigung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen denkbar sind. Eine Art von Klassifikation, von gewissen allgemeinen Gesichtspunkten aus, ist ja freilich auch hier möglich. So kann man zuoberst unterscheiden zwischen menschlichen Handlungen und allen übrigen Thatsachen der vorbezeichneten Gattung; so weiter einerseits zwischen Rechtshandlungen, rechtswidrigen Handlungen und dem ausserdem noch verbleibenden Reste von Handlungen, anderseits zwischen Eigenschaften und Zuständen der Rechtssubjekte und Rechtsobjekte, sowie allen andern Erscheinungen oder Ereignissen des Natur- oder Geisteslebens, die als Bedingungen der Wirksamkeit irgendwelcher Rechtsnormen von diesen selbst vorausgesetzt werden. Allein was alle diese Dinge in unserer Vorstellung zu einer begrifflichen Einheit verbindet, ist schliesslich immer nur der Umstand, dass das Wirksamwerden irgendwelcher Rechtsnormen an sie geknüpft ist. Als ein Ganzes lassen sie sich also höchstens vom Standpunkte eines bestimmten positiven Rechts, d. h. eines bestimmten Systems von Rechtsnormen aus auffassen; und selbst dies erscheint alsbald als undurchführbar, sobald man einen ernstlichen Versuch in dieser Richtung macht. Rücksichtlich derjenigen Thatsachen, die wir schon bei unsrer obigen Klassifikation als nicht weiter differenzierbare Reste teils innerhalb der Gruppe der Handlungen, teils innerhalb der sonstigen Erscheinungen des Natur- und Geisteslebens kennzeichnen konnten, liegt dies auch geradezu auf der Hand. Aber auch für die spezieller charakterisierten juristischen Thatsachen ist augenscheinlich gar nicht das Bedürfnis einer alle zugleich umfassenden Darstellung vorhanden. Die Eigenschaften und Zustände der Subjekte und Objekte des Rechts werden insoweit, als sie allgemeine Bedingungen der Entstehung, Endigung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen begreifen, naturgemäss bei der Erörterung über diese Subjekte und Objekte selbst mit erledigt; was davon für die juristische Prinzipienlehre in Betracht kommt, was davon m. a. W. für schlechthin jedes Rechtsverhältnis gilt, ist demgemäss auch von mir bereits in den betreffenden Abschnitten (IV u. V) des ersten Buches erörtert worden. Ebensowenig aber hat bisher jemand daran gedacht, die Rechtshandlungen und die rechtswidrigen Handlungen zusammen aus einem einheitlichen, ihnen ausschliesslich eigentümlichen Gesichtspunkte heraus

darzustellen. Werden sie auch in den Lehrbüchern des Privatrechts regelmässig in demselben Abschnitte, der von den juristischen Thatsachen oder von den Gründen der Entstehung, Endigung und Veränderung der Rechtsverhältnisse handelt, einer mehr oder weniger eingehenden Betrachtung unterzogen, so behandelt man sie doch in Wahrheit nicht sowohl zusammen, als nach einander als zwei hervorragende Arten der juristischen Handlungen überhaupt. Und mit gutem Grunde. Denn ein gemeinsamer Gesichtspunkt, der nur diesen beiden Arten juristischer Handlungen charakteristisch und für die Erörterung beider gleich maassgebend wäre, ist eben nicht aufzufinden.[28]) Damit soll nicht gesagt sein, dass es völlig an Vergleichungspunkten zwischen ihnen fehle; im Gegenteil, ich glaube, dass die wirklich zum Teil vorhandenen Vergleichungspunkte im einzelnen mehr Berücksichtigung verdienen, als sie bisher gefunden haben. Aber der eigentlich leitende Gesichtspunkt für eine zusammenhängende Untersuchung der Rechtshandlungen einerseits, der rechtswidrigen Handlungen anderseits kann nur ein durchaus gegensätzlicher sein: die Rechtshandlungen gehören zum allergrössten Teile dem normalen Rechtsleben an und stehen in

---

[28]) Allerdings scheint dieser Behauptung die Thatsache zu widersprechen, dass neuere französische Juristen, wie z. B. Costes (de la distinction des faits juridiques et des faits matériels, Toulouse 1887, pag. 2 ff.), die Rechtsakte und die rechtswidrigen Handlungen als „faits juridiques" zusammenfassen und unter dieser gemeinsamen Firma allen übrigen juristisch bedeutsamen Thatsachen, den blossen „faits matériels", gegenüberstellen. Allein in Wahrheit wird man auch bei ihnen vergeblich nach dem hiernach zu vermutenden, wirklich beide Arten von Handlungen verbindenden Gesichtspunkte suchen; die dennoch behauptete Zusammengehörigkeit wird in keiner Weise gerechtfertigt. Speziell bei Costes steht die Unterordnung der rechtswidrigen Handlung unter jenen gemeinsamen Titel sogar im Widerspruch mit seiner eignen Definition, wonach unter „fait juridique" zu verstehen ist „tout fait de l'homme, qui, de sa nature, entraine directement et nécessairement des consequences juridiques". Denn „ihrer eigenen Natur nach unmittelbar und notwendig" haben überhaupt höchstens solche Handlungen juristische Konsequenzen, durch welche unmittelbar bindende Rechtsnormen geschaffen werden; bei allen andern ergeben sich juristische Konsequenzen niemals direkt und notwendig aus der Natur der Handlung. Zumal die Rechtsfolgen aller deliktischen Handlungen fliessen immer nur aus den sekundären Normen irgend eines positiven Rechts, welche solche Folgen daran knüpfen.

engster Beziehung zu der Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen, ja greifen grossenteils in diese selbst hinüber; die rechtswidrigen Handlungen dagegen stehen, wie schon ihr Name sagt, im Widerspruch zu dem normalen Rechtsleben, sie erscheinen als Rechtsstörung und sind in erster Linie von diesem Standpunkte aus ins Auge zu fassen. Ebendarum sind die letzteren erst im dritten Buche, zugleich im Zusammenhange mit den verschiedenen Formen der Rechtsbewährung zu behandeln, während die Lehre von den Rechtshandlungen sofort den nächsten Gegenstand unsrer weiteren Darstellung und damit zugleich die Grundlage für eine erweiterte Lehre von der Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen bilden muss.

Zweiter Abschnitt.

Begriff und Arten der Rechtshandlungen.

§ 21.

Rechtshandlungen nennen wir — nach einem frei gebildeten, aber wohl zu begründenden Sprachgebrauche — alle diejenigen Handlungen, die sowohl nach der subjektiven Absicht des Handelnden, als nach der objektiven Gestaltung der Handlung und der ihr zu Teil gewordenen rechtlichen Sanktion als Realisierung irgendwelcher Rechtszwecke sich darstellen.

Demnach sind in dem Begriff der Rechtshandlung drei wesentliche Merkmale enthalten:

I. die auf einen Rechtszweck gerichtete Absicht des Handelnden;

II. die Darstellung dieser Rechtsabsicht in der Handlung selbst;

III. die zur Wirksamkeit des also geäusserten Rechtswillens erforderliche rechtliche Sanktion, bestehend — unmittelbar oder mittelbar — in der Anerkennung der Rechtsgenossen.

Innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung sind nach der Verschiedenheit der Rechtszwecke zu unterscheiden: Rechtssetzungshandlungen und Rechtsbethätigungshandlungen. Der erstere Ausdruck umfasst alle diejenigen Rechtshandlungen, deren Zweck die Setzung irgendwelcher Rechtsnormen ist; der zweite alle andern, insbesondere solche, die auf Erfüllung einer Rechtspflicht oder auf Geltendmachung eines Rechtsanspruchs gerichtet sind.

Diese Unterscheidungen sind jedoch nicht als sich ausschliessende zu verstehen: ein und dieselbe Handlung kann auch mehreren der genannten Kategorien zu gleicher Zeit angehören; die eigentümliche Natur mancher Rechtshandlungen besteht gerade in der ihnen charakteristischen Verbindung mehrerer Rechtszwecke.

1. Die vorstehenden Leitsätze über Wesen und Arten der Rechtshandlungen setzen den höheren Gattungsbegriff der „Handlung" als im allgemeinen bekannt voraus. Nicht als ob damit die Schwierigkeiten ignoriert werden sollten, die schon dieser allgemeinere Begriff der Handlung in sich birgt. Aber gerade für die Erörterung der bedeutsamsten dieser Schwierigkeiten scheint mir hier noch nicht der rechte Ort; denn für das richtige Verständnis der Rechtshandlungen kommen sie kaum in Betracht. Bezüglich derjenigen Momente des Handlungs-Begriffs, die wirklich für unsre nächstfolgenden Ausführungen von Erheblichkeit sind, besteht im grossen und ganzen Übereinstimmung auch bei Vertretern der verschiedensten Richtungen unsrer Rechtswissenschaft. Nur um von vornherein allen Missverständnissen vorzubeugen, wie sie namentlich durch einige Untersuchungen der letzten Jahrzehnte näher gelegt sind, will ich wenigstens mit ein paar Worten auf diese obersten Voraussetzungen für unsre weiteren Ansführungen hier eingehen.

Zu jeder Handlung [1]) gehört wesentlich zweierlei:

I. eine bestimmte geistige Thätigkeit, die wir als „wollen" kennzeichnen;

II. ein bestimmtes äusseres Verhalten, das als Realisierung des Gewollten durch den Wollenden selbst erscheint.

---

[1]) Noch vorsichtiger wäre es zu sagen: zu jeder Handlung in dem Sinne, in welchem wir diesen Ausdruck bisher gebraucht haben und ferner gebrauchen werden. Denn dass das Wort „Handlung" auch in noch weiterer Bedeutung vorkommt, und sowohl im gemeinen, als im wissenschaftlichen, speziell im philosophischen Sprachgebrauche, stelle ich durchaus nicht in Abrede. So spricht z. B. Lotze mehrfach von willkürlichen und unwillkürlichen Handlungen, und anderseits bezeichnet er auch gelegentlich einen rein innerlichen Vorgang, nämlich den Willensakt als eine Handlung. Doch glaube ich zugleich konstatieren zu dürfen, dass der heutige juristische Sprachgebrauch — wenn nicht durchweg, so wenigstens überwiegend — mit dem unsrigen übereinstimmt.

Was das Wollen sei,[2]) lässt sich nicht im eigentlichen Sinne definieren, sondern nur erleben. Wir können es umschreiben, indem wir statt „wollen“ sagen: „einen Zweck setzen“, und je nachdem wir an Zwecke denken, die wir uns selber setzen oder vielmehr an solche, die wir andern — in Gestalt von an sie gestellten Forderungen oder Ansprüchen — setzen, können wir unterscheiden zwischen dem Wollen im engeren Sinne und einem Wollen, das sich wesentlich oder doch zugleich an andere Willen richtet; aber was wir damit wirklich meinen, wird immer nur der verstehen können, der aus eigenster Erfahrung bereits einen unmittelbaren Begriff von Zwecken und Zwecksetzungen bekommen hat. Nicht minder wahr ist jedoch, dass diese Selbsterfahrung bei allen normal entwickelten Menschen mehr oder weniger vorausgesetzt werden darf. Und sofern es nun möglich ist, diese mehr oder weniger allgemeine Erfahrung durch methodische Selbstbeobachtung zu vertiefen und hierzu auch andere anzuleiten, ist es unter allen Umständen von Wert, sich über die Resultate solcher Selbstbeobachtung zu verständigen.

Beschränke ich mich auf das Wollen im engeren Sinne, das für den Begriff der Handlung ausschliesslich in Betracht kommt,[3]) so glaube ich als für unsre gegenwärtige Erörterung wesentliche Punkte folgendes herausheben zu sollen.

---

[2]) Die folgenden Bemerkungen über das „Wollen“ stehen in der Hauptsache ganz im Einklang mit den eingehenderen Ausführungen von Sigwart (kleine Schriften II, S. 115 ff.) und Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 5 ff.), auf die ich deshalb im allgemeinen verweisen darf. Über einige Nebenpunkte, in denen ich etwas abweichender Ansicht bin, werde ich mich in den folgenden Anmerkungen aussprechen.

[3]) Dies folgt mit Notwendigkeit aus unsrer obigen Bemerkung über die zwei wesentlichen Merkmale jeder Handlung: es giebt danach schlechterdings keine Handlung, die nicht ihrem Zwecke nach von dem Handelnden selbst — also als seine Handlung — gewollt wäre. Auch ein „Wollen, das sich an andere Willen richtet“, indem es nicht sich selbst, sondern eben diesen andern Zwecke setzen will (vgl. Bd. I, S. 27 ff. u. S. 147 ff., sowie Kritik II, S. 288—292), oder m. a. W. der „Wille, der seine Vollziehung von anderen erwartet“, kann immer nur realisiert werden, wenn zu ihm noch ein Wollen im engeren Sinne — sogar regelmässig nur, wenn ein zwiefaches solches Wollen im engeren Sinne — hinzukommt. Auf der einen Seite kann der, welcher andern einen Zweck oder m. a. W. eine Norm setzt, diese Thatsache den zur Vollziehung

Die Thätigkeit unsrer Seele, die wir als Wollen charakterisieren, ist keineswegs identisch mit blossem Wünschen oder Begehren.[4]) Wohl ist dem Wollen wie den andern genannten Vorgängen gemeinsam die Beziehung auf ein Ziel, dessen Erreichung uns als ein Gut erscheint, sofern sie entweder ein Gefühl der Lust oder doch Beseitigung eines vorhandenen Unlustgefühls in Aussicht stellt. Allein das Wünschen oder Begehren ist noch keine bestimmte Antwort auf den Anreiz, den jenes vorgestellte Ziel auf die fühlende Seele ausübt; dies selbst dann nicht, wenn sich damit eine vollständige Kenntnis der Mittel zur Erreichung des Ziels und weiter das Bewusstsein verbindet, dass man das Ziel erreichen könne, wenn man nur wolle. Vielmehr

---

Berufenen fast immer nur dadurch mitteilen, dass er selbst eine Handlung vornimmt, vermöge welcher die berufenen Adressaten Kenntnis davon erhalten; und dazu gehört natürlich vor allem auch ein Wollen, das sich auf diese Vermittelung, als auf die eigne Thätigkeit des Wollenden richtet. Bloss vollendeten Gedankenlesern gegenüber wäre diese Vermittelung überhaupt entbehrlich; bloss unwillkürliche Willensäusserungen dagegen, wie sie allerdings an sich gar nicht abzuleugnen sind, können im grossen und ganzen praktisch kaum in Betracht kommen. Auf der andern Seite ist aber auch eine Vollziehung der von einem andern Willen gesetzten Zwecke, z. B. die Ausführung eines Befehls, selbst wenn dessen Verbindlichkeit für den Adressaten diesem selbst von vornherein feststeht, regelmässig nur so denkbar, dass sich der letztere selbst zur Ausführung entschliesst. In ganz vereinzelten Fällen mögen wohl die Dinge so liegen, dass wir die dem Inhalte nach ausführende Thätigkeit des zum Gehorsam Verpflichteten auf nahezu gleiche Stufe mit den sogen. Reflexbewegungen stellen können; aber abgesehen hiervon wird die Vollziehung eines fremden Willens sich stets zugleich als eine wahre Handlung des Vollziehenden darstellen, die als solche auf dessen eigenem Willen beruht, mochte es dazu auch höchst geringer oder gar keiner Überlegung bedürfen. Vgl. die anziehenden und treffenden Ausführungen von W. Henke in seiner Abhandlung „Willkürliche und unwillkürliche Bewegung" in der Deutschen Rundschau, Bd. 67, S. 33—46.

[4]) Für den Begriff der Handlung, so wie dieser Begriff allein für uns hier in Frage kommt, nimmt nur das Wollen in dem im Texte vorausgesetzten engern Sinne, im Gegensatz zu allen andern geistigen Strebungen, unser Interesse in Anspruch. Wo nicht unsre praktische Erfahrung uns ein Wollen in diesem engern Sinne oder m. a. W. ein bewusstes Wollen, ein Wollen im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs annehmen lässt, da kann auch keinesfalls von einer Rechtshandlung die Rede sein. Aus diesem Grunde habe ich auch keine Veranlassung, hier auf gewisse Unterscheidungen innerhalb der

ist es auch im letzten Falle nicht mehr als ein die wirkliche Antwort vorbereitender Geisteszustand, ein Zustand eigentümlicher Erregung und zwar zu Gunsten des vorgestellten Gutes,[5]) ein

---

im Texte dem Wollen gegenüber gestellten geistigen Vorgänge einzugehen. Gegen die von Sigwart S. 149 betonte Unterscheidung zwischen Wunsch und Begehren habe ich sachlich nichts einzuwenden; anderseits könnte ich mir auch die von Wundt (Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2. Aufl., 1892, S. 238) gemachte Unterscheidung zwischen Trieb und Begehren — abgesehen von der dabei vorausgesetzten Auffassung des Unlust- und Lustgefühles selbst als primitiver Willensvorgänge — ganz wohl aneignen. Aber für unsre gegenwärtige Erörterung ist, wie schon gesagt, dies alles ganz gleichgültig. Nur darauf kommt es an, diese andern geistigen Vorgänge sämtlich scharf zu sondern von dem uns wirklich allein interessierenden Wollen im engern Sinne. Ob man im übrigen alle diese geistigen Vorgänge mit Einschluss dieses Wollens unter einen höheren Gattungsbegriff, etwa unter den Ausdruck „Wollen im weitern Sinne" zu bringen hat, wie das auch Sigwart nicht schlechthin ablehnt (S. 118), ist eine Frage ganz für sich.

[5]) Wenn Sigwart, S. 141 das Begehren geradezu als etwas bloss Passives darstellt, was dem Subjekte angethan werde, so vermag ich ihm darin nicht zu folgen. Wo wir sagen: „mich verlangt" oder „mich gelüstet", da steht eben die Vorstellung von dem Anreiz im Vordergrunde, den der Begehrende erfahren hat und bezw. weiter erfährt; aber diesem Reize entspricht doch nicht bloss das Erfahren dieses Reizes, allenfalls noch verbunden mit einem Gefühle des Wohlgefallens, sondern auch bereits eine ganz bestimmte Art der Gegenwirkung, ein eigentümliches, unwillkürliches Sichhingeben an den Reiz. — Umgekehrt kann ich Sigwart nur bedingterweise zugeben, dass das Wollen stets erst eintrete, wenn eine Reflexion auf das eigne Selbst dazwischen getreten sei. Versteht man unter jener „Reflexion auf sich selbst" nur irgendwelches, wenn auch nur minimale Bewusstsein von dem in dem Willensakte zu setzenden Zwecke und zwar als von einem gerade durch den Wollenden selbst zu setzenden, und genügt demgemäss zur Erfüllung der fraglichen Forderung schon ein „Selbstbewusstsein, wie es auch der Hund hat, der auf seinen Namen geht", so habe ich gegen jene Behauptung nichts einzuwenden. Allein so sehr für eine solche weitere Auffassung seitens Sigwarts selbst der Umstand zu sprechen scheint, dass er gerade das beregte Hunde-Beispiel zur Illustrierung seiner Ansicht anführt (S. 142 f.), so wenig stimmen damit andere seiner Äusserungen, vor allem die in der Anm. 2 (S. 209 ff.) gemachten. Zwar seiner dort geübten Kritik an den Ausführungen von Laas ist grossenteils zuzustimmen; aber schlechterdings nicht zustimmen kann ich ihm darin, dass er hier (S. 210) den Nachdruck darauf legt, dass „eine Handlung mit dem Bewusstsein der Freiheit verknüpft" sei und nicht vielmehr „bloss mit Bewusstsein und etwa noch mit einem Gefühl der Lust geschehe". Freilich zwischen freien und unfreien Thätigkeiten unterscheiden lernen

Zustand, der auch durch die eingehendste Überlegung der für und wider sprechenden Gründe nur fortgesetzt und eventuell gesteigert oder abgeschwächt werden kann,[6]) aber erst durch das Eingreifen

kann immer nur, wer „nicht nur auf den vorliegenden Zeitpunkt achtet, sondern das Bewusstsein seiner selbst als einheitlichen Subjekts hat, aus dem eine Mehrheit von Thätigkeiten in der Zukunft hervorgehen kann oder in der Vergangenheit hervorgehen konnte, und sich bewusst ist, durch sein Wollen eine dieser möglichen Thätigkeiten verwirklicht zu haben; das Bewusstsein der Freiheit setzt notwendig voraus, dass ich mich über den einzelnen Moment erhebe, nicht in ihm aufgehe, dass durch einen ausdrücklichen Akt erst für eine als möglich vorgestellte Thätigkeit entschieden wird". Und ebendarum würden wir ohne derartige innere Erfahrungen die fragliche Unterscheidung zwischen freien und unfreien Thätigkeiten überhaupt nicht machen. Aber durchaus falsch dünkt mich der Schluss, dass darum jede freie Thätigkeit mit diesem Bewusstsein von der Freiheit verbunden sein müsse. In Wahrheit beurteilen wir denn auch, nachdem wir einmal zur Erkenntnis jenes Unterschieds im allgemeinen gelangt sind, die Freiheit oder Unfreiheit einer Handlung erfahrungsgemäss nach ganz andern Gesichtspunkten: wir zweifeln im allgemeinen gar nicht, dass alle Handlungen frei sind, die wir überhaupt mit Bewusstsein vornehmen. Beweis dafür unser Schuldgefühl bei allem bloss fahrlässigen Handeln, ja sogar in vielen Fällen, wo wir uns auch nachträglich keine bestimmten Vorwürfe bezüglich unseres Handelns zu machen wissen. Allerdings steckt in jedem Schuldgefühle eine Art Freiheitsbewusstsein, ein gewisses Bewusstsein von der persönlichen Verantwortlichkeit für die bezügliche Handlung; und es fehlt daher auch nur da vollständig, wo gar keine wahre Handlung, sondern nur ein völlig unfreies Thun vorliegt. Allein niemand wird behaupten, dass es in den vorher angezogenen Fällen schon bei der Handlung selbst oder gar stets vorher vorhanden sein müsse, um die Handlung als Handlung erscheinen zu lassen.

[6]) Sigwart a. O. S. 120 f. und S. 144 ff. hat mit Recht dem Stadium der Überlegung eine ausführlichere Erörterung gewidmet, in welcher er nachweist, wie alles dahin Gehörige unter die beiden Gesichtspunkte fällt: Soll ich? und Kann ich? Für mein Teil glaube ich jedoch an dieser Stelle nicht näher hierauf eingehen zu sollen. In der Lehre vom Unrecht, speziell bei Beurteilung der Schuldfrage erscheint das Überlegungsstadium allerdings von erheblicher Wichtigkeit, und dort werden wir in der That auf eine nähere Prüfung jener Fragen uns einlassen müssen; aber für die uns hier allein interessierenden Rechtshandlungen ist es wesentlich gleichgültig, ob und welche Erwägungen zu dem ihnen zu Grunde liegenden Wollen geführt haben, sofern nur dieses Wollen auf das charakteristische Ziel gerichtet ist. Dazu kommt noch ein anderes: ich vermag das Stadium der Überlegung überhaupt als kein schlechthin notwendiges Vorstadium des Wollens anzusehen. Sigwart selbst weist darauf hin, dass in zahlreichen Fällen, in denen es zur

der Willensthätigkeit oder m. a. W. durch einen Willensentschluss zu einem gewissen Abschluss gelangt. Erst hiermit ist wirklich ein „Zweck gesetzt“: sei es die thatkräftige Verfolgung des gewünschten Gutes, sei es umgekehrt die Unterdrückung oder doch vorläufige Sistierung des Wunsches oder Begehrens.

Mit der vorstehenden Kennzeichnung des „Willensentschlusses“ ist bereits ausgesprochen, dass — entgegen einer neuerdings bisweilen aufgestellten Meinung — der Begriff des Wollens nicht zu beschränken ist auf denjenigen Willensakt, der sich unmittelbar auf Hervorbringung einer Bewegung des eignen Körpers richtet. Einmal giebt es, und zwar in ausgedehntem Umfange, auch Willensentschlüsse, die sich ausschliesslich auf das Innenleben beziehen; so der schon erwähnte Entschluss, einen Wunsch zu unterdrücken oder zu sistieren, so der Wille, sich etwas zu überlegen, auf irgend etwas aufzumerken u. s. w.[7]) Anderseits reicht der Willensentschluss,

Beantwortung der Frage „Soll ich?“ einer blossen Subsumtion des gerade vorliegenden Einzelfalls unter eine von vornherein gewollte allgemeine Regel bedarf, dem Überlegenden seine Überlegung „kaum zum Bewusstsein kommt“. Ja, er giebt zu, dass „die Beweglichkeit des menschlichen Denkens im normalen Zustande so gross ist, dass wir immer das Recht haben, zunächst nicht das einfache unmittelbare Begehren, sondern das vom Wollen bejahte Begehren vorauszusetzen“. Kann man denn aber in solchen Fällen überhaupt noch von einer Überlegung reden? In dem Sinne, in welchem wir Juristen von Überlegung zu reden gewohnt sind, in welchem insbesondere unsre Strafgesetze den Ausdruck brauchen, sicherlich nicht. Ich meine jedoch auch einen noch direkteren Beweis dafür vorbringen zu können, dass das Stadium der Überlegung dem Willensentschlusse nicht vorauszugehen braucht; ich meine, dass es stets fehlt oder doch wenigstens nur unvollständig vorhanden ist, wo wir sagen: ich will mir das überlegen. Denn in jedem solchen Ausspruche erscheint in Wahrheit ein doppelter Willensentschluss ausgedrückt: 1. eine unmittelbare, sofortige Überlegung abzulehnen; 2. die Überlegung später vorzunehmen und im Anschluss daran eine Entscheidung zu treffen.

[7]) Wer wirklich auf die unmittelbare Selbsterfahrung achtet, wie sie überdies auch in einem ganz konstanten Sprachgebrauche ihren unverkennbaren Ausdruck gefunden hat, der wird die Richtigkeit dieses Satzes nicht zu leugnen vermögen. Sigwart, S. 138f., bemerkt mit Recht: „der Wille, durch den ich mich für einen Zweck entscheide, oder meine Aufmerksamkeit spanne, oder mein Nachdenken einer Frage zuwende, setzt ebenso eine Bestimmtheit meines Ichs und giebt seinen Thätigkeiten eine Richtung, wie der Wille den Arm zu strecken meinen Leib bestimmt; das Undefinierbare, das wir überhaupt

ein bestimmtes äusseres Ziel zu verfolgen, weit über ein blosses Wollen der als Mittel hierzu dienenden Körperbewegung hinaus;[8]) er begreift notwendig zugleich alle die Folgen der körperlichen Bewegung, ohne welche die Erreichung des Zieles überhaupt nicht

---

Wille nennen, ist in beiden gleichartig." „Ja, man kann behaupten", um mit J. Nathan (in den Philos. Monatsheften Bd. XX, S. 230) zu reden, „dass unser Denken ein perpetuierliches Wollen ist; denn wo der Wille auf die Vorstellungsmassen nicht mehr einzuwirken vermag, wie in der Ideenflucht, da hört auch die Möglichkeit des logischen Denkens auf und nur associativen und Reproduktionsgesetzen gehorchen in diesem Falle die Vorstellungsmassen." Und völlig übereinstimmend hiermit, wie sehr auch sonst sein Standpunkt von dem der Vorgenannten verschieden sein mag, sagt Wundt (Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2. Aufl., 1892, S. 243 f.): „Diese inneren Willensvorgänge aus den äusseren Willenshandlungen abzuleiten, ist ganz unmöglich. Denn es ist klar, dass vielmehr umgekehrt jeder äussere Willensakt einen inneren voraussetzt. Ehe ich willkürlich eine Bewegung ausführe, muss ich den Entschluss zu dieser Bewegung gefasst haben. Dieser Entschluss ist aber ein innerer Willensvorgang. Demnach sind überhaupt zwar innere ohne äussere, niemals aber äussere ohne vorangehende innere Willenshandlungen möglich."

[8]) Enneccerus S. 9—13 hat dies m. E. besonders schlagend nachgewiesen, indem er darauf hinweist, dass es eine durch nichts zu rechtfertigende Inkonsequenz ist, wenn diejenigen, welche nur das als gewollt anzusehen behaupten, was der Wille unmittelbar wirke, trotzdem nicht bloss die Erregungen der motorischen Nerven, sondern auch die darauf folgende körperliche Bewegung als Gegenstand des Wollens kennzeichnen, während schon die Kontraktion der Muskeln und noch mehr die hierdurch hervorgerufene Armbewegung in Wahrheit ganz ebenso nur mittelbar vom Willen gewirkt erscheinen, wie in weiterer Folge die Bewegung des mit der Hand gehaltenen Beils, das Treffen des Kopfes eines Menschen, die damit bewirkte Verletzung und der infolge davon eintretende Tod desselben. Ich möchte nur noch hinzufügen, dass die Richtigkeit dieser Auffassung gerade auch an den meisten Rechtshandlungen sehr deutlich heraustritt. Wir brauchen hier wohl nicht erst näher auszuführen, welche hervorragende Rolle auf dem Gebiete der Rechtshandlungen Wort und Schrift spielen. Es ist aber sehr leicht zu sehen, dass gerade bei der Anwendung von Wort oder Schrift — mindestens bei erwachsenen Menschen — gar nicht die eigentlichen körperlichen Bewegungen es sind, die von dem Redenden oder Schreibenden gewollt werden, sondern schlechthin die geredeten Worte und Wortverbindungen, während sich die dazu nötigen Bewegungen, nachdem sie einmal genügend eingelernt sind, rein automatisch vollziehen.

gedacht werden konnte.[9]) Der Thatbestand des Wollens wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der gesetzte Zweck nicht als ein unmittelbar nach gefasstem Entschlusse, sondern als ein erst in einem späteren Zeitpunkte zu realisierender gewollt ist.[10]) Vielmehr kann das Wollen schliesslich sogar ein bloss hypothetisches sein, entweder so, dass „der Zweck selbst nur bedingt gesetzt ist“, wie bei der Absicht, einen bestimmten Armen zu unterstützen, wenn er ordentlich und sparsam ist, oder so, dass der Zweck selbst seinem Inhalte nach unbedingt gewollt ist, dagegen bedingt hinsichtlich des Vorhandenseins der Mittel oder der Gelegenheit ihn zu realisieren, wie dies namentlich in dem Wollen allgemeiner Zwecke, z. B. in dem Vorsatze, alle oder bestimmte Gebote der Sittlichkeit oder des Rechts zu erfüllen, uns entgegentritt.[11])

Aus dem letzteren Hinweise auf das Wollen allgemeiner Zwecke oder Normen ist endlich noch ein Zwiefaches zu entnehmen. Erstens liegt darin zugleich ein Hinweis auf eine dem eignen Begehren und Wünschen ebenbürtige „Hauptquelle von Zweckgedanken“. Nur in verhältnismässig seltenen Fällen sehen wir das Wollen einer allgemeinen Norm oder Maxime aus Überlegungen über das eigne unwillkürliche Begehren oder Wünschen hervorgehen; in der Regel hat es vielmehr ein fremdes Wollen, Begehren oder Wünschen zur Voraussetzung, das in Geboten, Vorstellungen, Ratschlägen, Bitten u. s. w. auf uns zu wirken sucht.[12]) Zweitens aber erscheint das Wollen allgemeiner Normen

---

[9]) Ob ausser diesen notwendigen Folgen auch noch andere Folgen gleichfalls als gewollt anzusehen sind, sofern sie bei der erfolgten Willensentschliessung auch nur als voraussichtlich oder wahrscheinlich eintretende oder gar nur als mögliche mitgedacht waren, darf ich gegenwärtig auf sich beruhen lassen.

[10]) Vgl. die Begründung bei Enneccerus, S. 14 f., sowie die Bemerkungen Sigwarts S. 149 u. 150, der zugleich darauf hinweist, dass wir vorzugsweise in diesem Falle den Zweck als „Absicht“ kennzeichnen.

[11]) Sigwart, S. 151. Vgl. Enneccerus, S. 15, Nr. 4 u. 6.

[12]) Insoweit stimme ich mit Sigwart S. 148, der namentlich auch auf die Rolle hinweist, die diese zweite Quelle von Zweckgedanken in der Erziehung spielt, vollständig überein. Dagegen muss ich es für bedenklich erachten, wenn er den im Texte genannten Formen, in welchen Auf-

und Maximen selbst wieder als Ausgangspunkt für eine Fülle weiterer Willensentschliessungen. Dass sich in beschränkterem Maasse eine ganz analoge Beobachtung auch an jedem andern Wollen machen lässt, bei welchem das Gewollte als etwas nicht unmittelbar Auszuführendes sich darstellt, versteht sich von selbst; die betreffende Erscheinung tritt nur beim Wollen allgemeiner Normen am schärfsten hervor.

Als zweites Moment des Handlungs-Begriffs ist oben bereits aufgeführt „ein bestimmtes äusseres Verhalten, das als Realisierung des Gewollten durch den Wollenden selbst erscheint". Ich brauche mit Absicht den etwas vagen Ausdruck „äusseres Verhalten", um damit anzudeuten, dass an sich auch die gewollte Unterlassung unter unsern allgemeinen Handlungsbegriff fällt. Aus unsern gegenwärtigen Erörterungen

---

forderungen Anderer an uns herantreten, die „Aufforderung durch Beispiel" völlig gleich, ja sogar allen andern voran stellt. Dem Werte nach mag dies — wenn auch nicht unbedingt, so doch für viele Fälle — zutreffen. Aber zum Ausgangspunkt unsers Wollens wird diese Art von Aufforderung doch immer erst mittelbar, nämlich dadurch, dass sie zunächst in uns ein Begehren wachruft, dem Auffordernden es gleich zu thun, während bei Willensentschliessungen, die einem Befehle oder einer Bitte entspringen, dieses selbsteigene Begehren in der Regel fehlt, bei Entschlüssen infolge vorausgegangener Ratschläge oder Vorstellungen wenigstens fehlen kann. Ja, dies gilt sogar dann, wenn die Aufforderung durch das lebendige Beispiel der Aufforderung durch Befehl oder Ratschlag unterstützend zur Seite tritt; denn die Unterstützung beruht hier gerade darauf, dass das Beispiel — und nur dieses — geeignet erscheint, das eigene Begehren des Aufgeforderten zu dem befohlenen oder angeratenen Verhalten zu wecken. Wesentlich dasselbe trifft aber m. E. auch für die dritte von Sigwart a. O. eingeführte „Quelle von Vorstellungen des Zukünftigen" zu: für die „Voraussicht dessen, was der Lauf der Natur oder die Thätigkeit Anderer herbeiführen wird". Wo durch diese Voraussicht nicht zunächst ein Begehren oder Wünschen in uns rege wird, da kommt es auch zu keinem Wollen; wo dies dagegen der Fall ist, da ist auch kein Grund vorhanden, von einem andern Ausgangspunkte des Wollens zu reden, als vom Begehren oder Wünschen. Ob dieses letztere im einzelnen Falle ausschliesslich als ein Produkt des persönlichen, körperlichen oder geistigen Lebens erscheint oder vielmehr teilweise aus speziellen Einwirkungen der Aussenwelt hervorgeht, ist für die Entstehung des Wollens völlig irrelevant; in beiden Fällen ist es erst eine Folge des Begehrens oder Wünschens.

darf ich jedoch diese besondere Art von Handlung völlig ausscheiden, da sie m. E. für die Lehre von den Rechtshandlungen schlechterdings nicht in Frage kommt.[13])

Wenn wir ferner betonen, dass jenes äussere Verhalten sich als Realisierung des Gewollten durch den Wollenden selbst darstellen müsse, so kennzeichnen wir damit sofort den Gegensatz der „Handlung" zu jedem äussern Verhalten, das entweder durch physischen Zwang, beispielsweise durch direkt körperliche Einwirkung anderer Personen herbeigeführt wird, oder — wie die sogen. automatischen und rein instinktiven Bewegungen — zwar auf irgendwelche psychische Vorgänge, aber jedenfalls nicht auf ein bewusstes Wollen des sich also Verhaltenden zurückzuführen ist.[14])

Fragen wir dagegen, was positiv dazu gehöre, um ein bestimmtes äusseres Verhalten des Wollenden als Realisierung seines Wollens erscheinen zu lassen, so kann die Antwort nur einfach dahin lauten, dass eben gerade dieses bestimmte äussere Verhalten von dem sich so Verhaltenden gewollt sein muss, sei es als alleiniger, selbständiger Zweck, sei es nur als nächster Zweck, d. h. als Mittel zur Erreichung eines weiteren Zweckes.[15])

2. Der Begriff der Rechtshandlung ist wohl zu unterscheiden von dem Begriff der rechtmässigen und nicht minder von dem Begriff der rechtlich erheblichen Handlung.

„Rechtmässig" ist der kontradiktorische Gegensatz von „rechtswidrig"; alles was dem Rechte nicht widerspricht, oder m. a. W. was sich innerhalb der vom Rechte gezogenen Grenzen hält, ist rechtmässig. Daher erscheinen uns als rechtmässige Handlungen nicht nur die vom Rechte gebotenen, sondern auch alle bloss erlaubten Handlungen: natürlich immer nur, sofern man sie gerade unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, aber dann auch unbedingt, gleichviel ob sie durch besondere erlaubende Normen ausdrücklich als erlaubte gekennzeichnet oder nur durch keine

[13]) Vgl. hierüber die Bemerkungen in der folgenden Nr. 2 gegen den Schluss hin. Von ganz anderer Bedeutung ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen „Unterlassungen" als rechtswidrige Handlungen anzusehen sind; davon werden wir aber erst im 3. Buche zu reden haben.

[14]) Vgl. hierzu oben Anmerkung 8, S. 48 f.

[15]) Vgl. Sigwart a. O. S. 127 ff. u. 168 ff.

Rechtsnorm verboten sind. (Vgl. § 5, Nr. 7, Bd. I, S. 93ff.) Es bedarf hiernach wohl keiner besonderen Beweisführung, dass in einer grossen Zahl, ja in der grossen Mehrzahl der rechtmässigen Handlungen keine Rechtshandlungen im technischen Sinne vorliegen.

„Rechtlich erheblich (relevant)“ nennen wir alle diejenigen Handlungen, die vom Rechte entweder direkt gefordert (geboten) oder als Bedingungen für das Wirksamwerden irgendwelcher Rechtsnormen vorausgesetzt werden. Demnach gehören hierzu auch alle rechtswidrigen Handlungen, an welche sich Strafen oder andere Rechtsfolgen schliessen sollen,[16]) und damit ist wiederum ausgesprochen, dass es zahlreiche rechtlich erhebliche Handlungen giebt, die sicherlich nicht Rechtshandlungen sind.

Eher könnte man vielleicht versucht sein, als Rechtshandlungen alle diejenigen Handlungen anzusehen, die zugleich rechtlich erlaubt und rechtlich erheblich sind. Dann würde, sofern man das Gebiet des rechtlich erlaubten und das Gebiet des rechtlich erheblichen Handelns zwei sich schneidenden Kreisen vergleicht, das Gebiet der Rechtshandlungen sich mit dem jenen beiden Kreisen gemeinsamen Raume decken. Sehen wir jedoch näher hin, so erweist sich auch diese Bestimmung des Gebiets und damit gleichzeitig des Begriffs der Rechtshandlungen als unrichtig. Auf der einen Seite giebt es Handlungen, denen man den Charakter von Rechtshandlungen nicht wohl absprechen kann, obgleich sie zweifellos mit dem bisher geltenden Rechte in Widerspruch stehen. Man denke z. B. an die Oktroyierung einer Verfassung oder den Erlass von Gesetzen unter Nichtachtung der Rechte des Landtags u. dgl. m. Bisweilen erkennt sogar eine Verfassung selbst derartige Akte trotz ihrer Rechtswidrigkeit als gültig und rechtwirksam

[16]) Nicht rechtlich erheblich sind dagegen Übertretungen einer blossen sogenannten „lex imperfecta“ oder besser gesagt alle rechtswidrigen Handlungen, welche keine sekundäre Rechtsnorm einer Berücksichtigung gewürdigt, d. h. zur Bedingung ihrer Anwendung gemacht hat. Dieselben stehen insofern ganz auf derselben Stufe wie einesteils die einfach erlaubten Handlungen, an welche keine Rechtsfolge geknüpft erscheint, anderseits alle blossen Gedanken und selbst Willensentschliessungen, die noch durch keine äussere Handlung bethätigt worden sind.

an;[17]) und auch wo dies nicht der Fall ist, verbietet sich ihre Auffassung als blosse Gewaltshandlungen mindestens von dem Zeitpunkte an, wo die in solcher Weise eingeführten Normen durch die nachfolgende allgemeine Anerkennung zu zweifellosen Rechtsnormen geworden sind. Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen besteht nur darin, dass in dem ersten die für jede Rechtshandlung erforderliche Rechtsanerkennung, gleichwie bei fast allen andern Rechtshandlungen, die beim Gebrauche dieses Ausdrucks unserer Vorstellung vorzuschweben pflegen, schon der fraglichen Handlung selbst vorausgeht, während sie im zweiten Falle von dem Handelnden erst von der Zukunft erwartet oder höchstens irrtümlicherweise als nicht notwendig oder als schon irgendwie vorhanden vorausgesetzt wird. Auf der andern Seite fehlt es aber auch nicht an Handlungen, die zugleich rechtlich erlaubt und erheblich und dennoch schwerlich als Rechtshandlungen zu bezeichnen sind. Vor allem gehören hierher blosse Unterlassungen. Wer seine Forderung im Konkurse nicht anmeldet, wer den für gewisse Delikte erforderlichen Strafantrag als Verletzter nicht rechtzeitig stellt, wer es unterlässt, vor Ablauf der Verjährungsfrist Klage zu erheben oder

---

[17]) So die Preussische Verfassung vom 31. Januar 1850, Art. 106: „Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind." Danach sind alle landesherrlichen Erlasse, die sich als Gesetz oder Verordnung bezeichnen, sofern sie in Gemässheit des Gesetzes vom 3. April 1846 bezw. der Verordnung vom 29. Jan. 1867 in die offizielle Gesetzsammlung für die Preussischen Staaten aufgenommen sind, selbst dann rechtsverbindlich, wenn sie zugleich zweifellos rechtswidrig, nämlich unter Nichtachtung der Art. 62 oder 63 der Verfassung erlassen sind. Wenn im zweiten Absatz noch überdies hinzugefügt wird, dass „die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zusteht", so ist unter der „Rechtsgültigkeit" offenbar nicht die Rechtsverbindlichkeit, von der im ersten Absatz die Rede war, sondern die Übereinstimmung mit den sonstigen Forderungen der Verfassung, speziell mit Art. 63 zu verstehen. Und daraus folgt von selbst, dass auch die Entscheidung der Kammer gegen die Rechtsgültigkeit die Regierung nur in noch erhöhtem Maasse zur Rücknahme der Verordnung verpflichtet, nicht aber unmittelbar die Verbindlichkeit der letzteren beseitigt, die vielmehr so lange fortdauert, bis die Zurücknahme in gültiger Form — also wiederum durch landesherrlichen Erlass in der Gesetzsammlung — bekannt gemacht ist.

sonst sein Recht zu wahren u. s. w., der handelt zwar zweifellos rechtmässig und mit rechtlicher Wirkung, nämlich mit der Rechtsfolge des Verlustes des betreffenden Anspruchs; allein von einer Rechtshandlung kann immer nur dann die Rede sein, wenn zu der Unterlassung etwas Positives hinzukommt, das die ganze Handlungsweise als einen bewussten Rechtsverzicht erscheinen lässt. Der Grund dafür liegt nicht etwa in der Gewohnheit, die Unterlassungen überhaupt nicht als Handlungen zu betrachten; vielmehr trifft gerade für unsern juristischen Sprachgebrauch im allgemeinen das Gegenteil zu, wie insbesondere die durchaus übliche Unterordnung der pflichtmässigen und umgekehrt der strafbaren Unterlassung unter die Begriffe der pflichtmässigen und der strafbaren Handlung beweist. Wohl aber ist der Grund in der Unmöglichkeit zu finden, aus einer blossen Unterlassung den Zweck derselben zu erkennen.

So gewiss nun hiernach das Charakteristische der „Rechtshandlung" auch nicht in der Vereinigung von Rechtmässigkeit und rechtlicher Erheblichkeit einer Handlung gesucht werden darf, so gewiss bietet doch die vorstehende Erörterung der einer solchen Charakteristik entgegenstehenden Momente bereits einen deutlichen Hinweis auf die wesentlichen Merkmale der Rechtshandlung. Zuvörderst tritt dabei bereits klar heraus, dass es der Zweck ist, der in erster Linie eine Handlung als Rechtshandlung kennzeichnet: irgendwelches „Recht" muss es sein, dem die Handlung dienen soll, sei es ein schon bestehendes, sei es ein erst zu schaffendes. Und zwar darf dieser Zweck nicht bloss bei der Handlung in der Brust des Handelnden vorhanden sein, sondern er muss auch irgendwie in der fraglichen Handlung seinen Ausdruck finden. Ausserdem aber muss, um eine Handlung im vollen Sinne zu einer Rechtshandlung zu machen, — und auch dies ist schon durch die vorstehenden Erörterungen an die Hand gegeben, — schliesslich auch noch etwas von anderer Seite hinzukommen: die Handlung muss entweder in dem bereits bestehenden Rechte als zur Erreichung des verfolgten Rechtszweckes geeignet anerkannt sein oder diese Anerkennung muss wenigstens nachträglich hinzutreten. Im ersteren Falle ist die Handlung sofort mit ihrer Vornahme Rechtshandlung im vollen Sinne; im

andern wird sie dazu erst mit der nachfolgenden Anerkennung, also erst mit dem im Anschluss an die Handlung sich bildenden neuen Rechte.

3. Von den in Nr. 2 gegebenen Begriffsbestimmungen wird die erste — die Definition der rechtmässigen Handlung — kaum Widerspruch erregen. Weniger sicher in dieser Hinsicht fühle ich mich schon bezüglich der Begriffsbestimmung der rechtlich erheblichen Handlung. Und in noch erhöhtem Maasse gilt dies in Betreff der Begriffsbestimmung der Rechtshandlung.

Es kann selbstverständlich nicht meine Absicht sein, allen in dieser Richtung etwa zu erwartenden Einwendungen im voraus zu begegnen. Nur Einen Einwand glaube ich sofort zurückweisen zu sollen: die Berufung auf irgendwelchen Sprachgebrauch gegen die gegebenen Begriffsbestimmungen, insbesondere gegen die uns hier vorzugsweise interessierende Definition von „Rechtshandlung". Nicht als wenn ich behaupten wollte, den Sprachgebrauch vollständig auf meiner Seite zu haben; im Gegenteil, ich gestehe offen zu, dass ein fester Sprachgebrauch bezüglich des Ausdrucks „Rechtshandlung" nicht existiert.[18]) Aber gerade darum muss es uns erlaubt sein, in diesem Falle uns selbst unsern Sprachgebrauch zu bilden und innerhalb des Rahmens unsrer Darstellung strenge Beachtung unsers Sprachgebrauchs zu fordern. Welchen Wert dieser zunächst nur persönliche Sprachgebrauch oder m. a. W. die unter diesem Gesichtspunkte aufgestellte Begriffsbestimmung für die Wissenschaft überhaupt hat, ist natürlich eine ganz andere Frage. Ein günstiges Urteil in dieser Beziehung dürfen wir

[18]) Das Wort „Rechtshandlung" scheint ursprünglich eine Übersetzung von „actus juridicus (legitimus)" zu sein, die zunächst durch die seitdem üblicher gewordene Bezeichnung „Rechtsgeschäft" verdrängt wurde. Vgl. Pernice in Grünhuts Zeitschrift Bd. VII, S. 466 ff., bes. Anm. 7. Erst in neuerer Zeit wird das Wort „Rechtshandlung" wieder häufiger und zwar nunmehr in bestimmter Unterscheidung von „Rechtsgeschäft" gebraucht. Aber dieser Gebrauch ist noch längst kein allgemeiner geworden; in zahlreichen Lehrbüchern des Privatrechts, geschweige denn des öffentlichen Rechts kommt das Wort überhaupt gar nicht oder doch sicher nicht als technischer Ausdruck vor. Und was noch wichtiger ist: die Art des Gebrauchs selbst ist eine äusserst verschiedene. Der Verfasser der Motive zum I. Entwurfe eines bürg. Gesetzb. f d. deutsche Reich (Bd. I, S. 127) stellt die Rechtshandlungen

immer nur dann beanspruchen, wenn nicht nur die gegebene Begriffsbestimmung mit dem Geiste der Sprache, der sich in der betreffenden Wortbildung kundgiebt oder doch kundgeben soll, in Einklang steht, sondern auch der also bestimmte und demgemäss zur Verwendung gebrachte Begriff selbst irgendwie einem sachlichen, wissenschaftlichen Bedürfnisse entgegenkommt.

Was nun den ersteren Punkt anlangt, so möchte ich glauben, dass sich die von mir vorgeschlagene Bezeichnungsweise ganz von selbst empfiehlt. Was sollen wir uns sonst für Handlungen denken, die in gleichem oder gar in höherem Grade Anwartschaft auf den Titel „Rechtshandlungen" hätten, als diejenigen Handlungen, die nicht nur einen Rechtszweck, d. h. irgendwelches Recht als ihren Zweck verfolgen, sondern auch zugleich in dieser Eigenschaft vom Rechte sanktioniert und mit entsprechender Wirksamkeit ausgestattet sind? Höchstens könnte man einwerfen: dieser Sprachgebrauch sei gar zu eng; nach der Zusammensetzung des Wortes dürfe man eine Handlung schon dann als Rechtshandlung bezeichnen, wenn sie entweder einen rechtlichen Zweck verfolge oder vom Rechte mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet sei. Allein einen ernstlichen Einwurf solcher Art haben wir schwerlich zu fürchten; es genügt dagegen wohl die einfache Bemerkung, dass bei solcher Erweiterung des Sprachgebrauchs auf der einen Seite jede Erhebung irgend eines Anspruchs, auch die unbegründetste und völlig wirkungslose, als Rechtshandlung anzusehen wäre, auf der andern Seite sogar jede deliktische Handlung, an welche das positive Recht Strafe oder sonstwelche Rechtsfolge knüpft. Wir

---

dergestalt in Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, dass er „die hervorragendste Stelle" unter ihnen den unerlaubten Handlungen anweist. Entgegen dieser Auffassung, die jedem gesunden Sprachgefühle widerstreben muss, hat schon Hölder im Arch. f. d. civil. Praxis (Bd. 73, S. 60) scharf betont, dass eine Unterscheidung von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften nur in dem Sinne möglich sei, dass letztere eine bestimmte Art der ersteren bilden, und sich hierfür zugleich auf den Sprachgebrauch der Konkursordnung und des Gesetzes über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 berufen. Anderseits wird aber auch der Sprachgebrauch der genannten Reichsgesetze nicht als ein technischer zu betrachten sein. Vgl. Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger (Stuttg. 1883), S. 46 ff.

dürfen annehmen, dass — von allen andern Gegengründen abgesehen — schon das natürliche Sprachgefühl jede derartige Ausdehnung des Sprachgebrauchs ablehnt.

Ob unser Sprachgebrauch hingegen die zweite obige Forderung erfüllt, ob er wirklich einem sachlichen, wissenschaftlichen Bedürfnisse Genüge leistet, können selbstverständlich erst die weiteren Ausführungen lehren. Und zwar kommen hierbei nicht bloss die sogleich folgenden Ausführungen des gegenwärtigen Abschnitts, sondern zum guten Teile auch noch die Erörterungen der andern drei Abschnitte des vorliegenden Buches in Betracht.

4. Vor allen Dingen freilich bedarf unsere Begriffsbestimmung von „Rechtshandlung“ noch einer gründlichen Erläuterung.

Zum ersten: was ist unter dem Rechtszweck zu verstehen, den nach unserer Auffassung jede Rechtshandlung verfolgen muss?

Eine gewisse vorläufige Erläuterung hierzu habe ich schon am Schlusse von Nr. 2 und in Nr. 3 gegeben: dort wurde bemerkt, dass die Handlung irgendwelchem Rechte, sei es einem bereits bestehenden, sei es einem erst zu schaffenden, dienen solle; hier, dass sie irgendwelches Recht als ihren Zweck verfolge. Allerdings liegt in diesen Bemerkungen nicht viel mehr als eine Umschreibung des Ausdrucks „Rechtszweck“. Aber die Umschreibung hat wenigstens in einer Beziehung den Vorzug grösserer Bestimmtheit: die Vieldeutigkeit in den Redewendungen „irgendwelchem Rechte dienen“ und „irgendwelches Recht als Zweck verfolgen“ stellt sich deutlich als eine beabsichtigte dar. Und eben auf die Betonung der Thatsache, dass als Zweck einer Rechtshandlung schlechthin alles denkbar ist, was irgendwie unter den Begriff „Recht“ fällt, — sei es als Rechtsnorm oder sei es als Rechtsverhältnis, als Rechtsanspruch oder Rechtspflicht, — eben darauf kommt es mir in erster Linie an.

Damit sind aber auch bereits die Gesichtspunkte angedeutet, aus denen sich eine natürliche Klassifikation der Rechtszwecke und entsprechend der Rechtshandlungen ergiebt.

Gehen wir, gleichwie im vorigen Abschnitte bei unseren ersten Erörterungen über Entstehen und Vergehen des Rechts überhaupt, zunächst vom Begriffe des Rechtsverhältnisses aus, so erscheint

uns als Rechtszweck einerseits die Begründung, Veränderung oder Endigung von Rechtsverhältnissen, anderseits die Geltendmachung von Rechtsansprüchen oder die Erfüllung von Rechtspflichten, die den Inhalt irgendwelcher Rechtsverhältnisse bilden. Dass die so charakterisierten Rechtszwecke nicht bloss isoliert, sondern auch in mannigfachster Weise verbunden, d. h. als Zwecke je ein und derselben Handlung auftreten können, dass z. B. eine Handlung darauf gerichtet sein kann, die Auflösung eines bestehenden Rechtsverhältnisses durch Begründung eines neuen an Stelle des alten, eine bestimmte Veränderung in einem Rechtsverhältnisse oder auch dessen Endigung durch Geltendmachung eines Rechtsanspruchs oder Erfüllung einer Rechtspflicht herbeizuführen u. s. w., das wird kaum einer besonderen Auseinandersetzung bedürfen. Dagegen ist nachdrücklichst hervorzuheben, dass sich schlechterdings kein Rechtszweck denken lässt, der nicht unter eine der vorgenannten Kategorien fiele.[19])

---

[19]) Im allgemeinen glaube ich in dieser Hinsicht auf volle Zustimmung rechnen zu dürfen. Auf einem entschieden abweichenden Standpunkte steht allerdings Kindel (das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 3 ff.) mit seiner Behauptung, dass jedes Rechtsgeschäft, insbesondere jeder Vertrag gleichzeitig einen doppelten Zweck verfolge, nämlich einmal die Lösung oder Sicherung eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses, anderseits die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses. Indessen ist sehr leicht zu sehen, auf wie schwachen Füssen diese Meinung steht. Wenn K. bemerkt, dass auch „diejenigen Verträge, welche man in einem besonderen Sinne Begründungsverträge (Kreditverträge) nennt, wie der Kauf-, Miet-, Sozietätsvertrag u. s. w. das durch den Besitz (!?) gegebene Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten auflösen und ein dem Besitze widerstreitendes (!), auf dem Vertrage beruhendes (!) Rechtsverhältnis schaffen", und weiter „dass die Lösungsverträge ein durch Vertrag, letztwillige Verfügung, Gesetz gegebenes Rechtsverhältnis auflösen und das durch den Besitz gegebene Rechtsverhältnis (?!) wiederherstellen", so verwechselt er offenbar — von andern bedenklichen Zuthaten ganz zu geschweigen — den unmittelbaren Rechtszweck mit dem mittelbaren oder Endzweck des betreffenden Rechtsgeschäfts, will sagen: das wirklich durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis zwischen den beiden Kontrahenten und die erst aus der Erfüllung der Vertragspflichten bezüglich der speziellen Vertragsobjekte entstehenden Rechtsverhältnisse. Anderseits übersieht K., dass „Sicherung" eines Rechtsverhältnisses nicht nur durch Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses neben dem alten oder auch an dessen Stelle erfolgen kann, sondern auch durch

Gehen wir aus von dem Begriff der Rechtsnorm, so unterscheiden wir ebenfalls leicht zwei Arten von Rechtszwecken und entsprechend von Rechtshandlungen: eine Handlung hat „Rechtsnormen" zu ihrem Zwecke, indem sie entweder auf Setzung oder Schöpfung neuer Normen oder nur irgendwie auf Bethätigung bereits bestehender gerichtet ist. Ich werde die erstgenannte Art von Handlungen kurzweg als Rechtsetzungshandlungen,[20]) die andere ebenso kurz als Rechtsbethätigungshandlungen[21]) bezeichnen. Dabei ist allerdings der Ausdruck „Rechtsbethätigung" im weitesten Sinne genommen. Ausser der Geltendmachung von Rechtsansprüchen und der Erfüllung von Rechtspflichten,

---

blosse Geltendmachung des zu sichernden Anspruchs, wie die Sicherung gegen Verjährung durch rechtzeitige Mahnung, mag man nun damit eine Veränderung des betreffenden Rechtsverhältnisses verbunden denken oder nicht. Zuzugeben ist dagegen, dass der Sicherungszweck nur dann Rechtszweck ist, wenn er auf einem der bezeichneten Wege, d. h. in Verfolgung eines der im Texte genannten Rechtszwecke erstrebt wird; und ebendarum haben wir keinen Anlass, ihn als einen besonderen Rechtszweck neben diesen aufzuführen.

[20]) Dass die Wortbildung „Rechtsetzung" und zumal „Rechtsetzungshandlung" nicht gerade schön klingt, verhehle ich mir natürlich nicht. Aber ich finde keinen besseren Ausdruck. „Rechtsbegründung" und „Rechtsbegründungshandlung" lauten vielleicht etwas angenehmer, aber sie drücken gar zu wenig die spezielle Beziehung auf die Rechtsnormen aus, wie sie in der Verbindung „Recht-setzen" deutlich zu Tage liegt und auf welche es mir hier ausschliesslich ankommt. Bezeichnender wären „Normsetzung" und „Normsetzungshandlung". Allein abgesehen davon, dass diese Wortbildungen nicht minder ungewohnt und schwerfällig klingen, als die im Texte adoptierten, deuten sie auch auf einen weiteren Begriff, auf den Begriff der Norm schlechtweg, nicht bloss auf Rechtsnormen. Normsetzungshandlung wäre daher auch jeder ganz unverbindliche Befehl, während in der „Rechtsetzungshandlung" schon der bestimmte Hinweis selbst auf die ausser der Rechtsabsicht für jede Rechtshandlung noch erforderliche Rechtsanerkennung liegt, die wir nachher (in Nr. 12) noch näher ins Auge werden zu fassen haben.

[21]) Über die Bezeichnung „Rechtsbethätigungshandlung" ist mit geringen Modifikationen Ähnliches zu sagen, wie das in der vorigen Anmerkung über „Rechtsetzungshandlung" Bemerkte. Gegen den Ersatz durch „Normbethätigungshandlung" sprechen genau dieselben Gründe, die dort gegen „Normsetzungshandlung" aufgeführt wurden. Eher liesse sich „Rechtsbewährungshandlung" empfehlen; aber wir werden später Anlass finden, das Wort „Rechtsbewährung" für eine ganz besondere Art der Rechtsbethätigung zu gebrauchen, und möchten uns daher dasselbe für diesen engern Begriff reservieren.

wie solche nach dem gemeinen juristischen Sprachgebrauche und in wesentlicher Übereinstimmung hiermit in unserer unmittelbar vorhergehenden Ausführung (wo wir sie der Entstehung, Veränderung und Endigung der Rechtsverhältnisse gegenüber stellten) aufzufassen sind, begreifen wir als Rechtsbethätigung auch alle die Handlungen, welche die praktische Anwendung oder das thatsächliche Wirksamwerden hypothetischer Rechtsnormen bezwecken, d. h. alle Handlungen, die im Einklang mit den allgemeinen Intentionen eines bestehenden positiven Rechts auf Auslösung der Bedingungen gerichtet sind, an deren Eintritt die Wirksamkeit irgendwelcher Bestimmungen desselben geknüpft ist.[22]) Ferner fallen unter die Kategorie der Rechtsbethätigung auch noch Handlungen, in denen sich die bewusste Unterwerfung neuer Subjekte unter bereits bestehende, d. h. zum Inhalt eines bestehenden

[22]) Der Zusatz „im Einklang mit den allgemeinen Intentionen des positiven Rechts" ist nicht zu übersehen; ohne diesen Zusatz würde auch die Begehung eines Verbrechens zu dem Zwecke, in eine Freiheitsstrafe verurteilt zu werden, — wie solche ja gar nicht so selten vorkommt, — als Verfolgung eines Rechtszwecks zu betrachten sein. Anderseits handelt es sich allerdings immer nur um Übereinstimmung mit den allgemeinen Intentionen des superordinierten Rechts. Dass die Handlung im konkreten Falle zugleich einer rechtswidrigen Absicht dienen soll, schliesst nicht aus, dass sie ihrem allgemeinen formalen Charakter nach einen Rechtszweck verfolgt; die Absicht z. B., bei Eingehung eines Vertrages oder auch gerade durch den Vertragsabschluss selbst den andern Teil zu betrügen, hebt an sich die Thatsache der Vertragshandlung als einer wahren Rechtshandlung nicht auf. Denn der unmittelbare Zweck — im letzten Falle die Geltung des Vertrags, durch welchen der Betrüger sich einen rechtswidrigen Vorteil verschaffen will, — steht in der That im Einklang mit der allgemeinen Intention des Rechts, dass Verträge binden sollen; die etwaige Anfechtbarkeit oder selbst Ungültigkeit ist keinesfalls darauf zurückzuführen, dass es an einer wahren Rechtshandlung fehlte, sondern einzig darauf, dass die im allgemeinen nicht zu bestreitende Rechtshandlung im vorliegenden Falle an Mängeln leidet, die eine abweichende Behandlung seitens der Rechtsordnung rechtfertigen. . . Ganz anders stehen die Dinge beim blossen Scheingeschäft. Hier erscheint der Rechtszweck, auf welchen die Form der Handlung im Einklange mit den allgemeinen Intentionen des superordinierten Rechts hindeutet, in Wahrheit als nicht gewollt; derjenige Zweck aber, den die Handelnden wirklich dabei verfolgen, findet weder in ihrer Handlung Ausdruck, noch in dem superordinierten Rechte seine Sanktion. Und ebendarum ist hier von gar keiner wahren Rechtshandlung, sondern nur von einer scheinbaren zu reden.

Rechtsverhältnisses gehörige Normen vollzieht. Im übrigen versteht sich von selbst, dass die beiden Zwecke der Rechtsetzung und der Rechtsbethätigung sich keineswegs gegenseitig ausschliessen; ein und dieselbe Handlung kann zugleich Rechtsetzungs- und Rechtsbethätigungshandlung sein. Ja, sofern die Setzung subordinierter Rechtsnormen stets zugleich als Auslösung irgendwelcher Bedingungen der Wirksamkeit der superordinierten hypothetischen Rechtsnormen sich darstellt, erscheint jede Handlung, die eine Setzung subordinierter Normen zum Zwecke hat, auch als Rechtsbethätigungshandlung.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die beiden vorerörterten Einteilungen der Rechtszwecke und entsprechend der Rechtshandlungen sich in ganz bestimmter Weise ergänzen. Das will sagen: Wir fassen bei jeder dieser Einteilungen nur Eine Seite der Rechtszwecke und entsprechend der Rechtshandlungen ins Auge; aber in Wirklichkeit ist kein Rechtszweck und ebenso keine Rechtshandlung denkbar, in welchem nicht beide Seiten vereinigt wären. So ist schon oben darauf hingedeutet worden, dass in dem Zwecke der Geltendmachung von Rechtsansprüchen und der Erfüllung von Rechtspflichten stets zugleich der Zweck der Bethätigung gewisser Rechtsnormen enthalten ist. So begreift jede Setzung von Rechtsnormen notwendig auch die Entstehung oder Veränderung bezw. Auflösung eines oder auch mehrerer Rechtsverhältnisse. So kann endlich, wie sich aus den Ausführungen des vorigen Abschnitts (§ 20) ergiebt, eine Entstehung, Veränderung und Endigung von Rechtsverhältnissen ohne eine sie vermittelnde Rechtsnormen-Setzung als Rechtszweck einer Handlung nur gedacht werden, sofern diese auch als Rechtsbethätigung zu denken ist. Und ebendarum durfte ich mich in den diesen Abschnitt einleitenden Textworten darauf beschränken, die Haupteinteilung der Rechtshandlungen nur unter dem einen der vorerörterten Gesichtspunkte und zwar unter demjenigen vorzunehmen, der mir für die Lehre vom „Entstehen und Vergehen des Rechts“ als der näher liegende und besser verwertbare erscheint.

5. Indem wir in Nr. 4 den Zweck der Rechtshandlung nach seinem Inhalte, eben als Rechtszweck ins Auge gefasst und von diesem Gesichtspunkte aus die Klassifizierung der Rechts-

zwecke und entsprechend der Rechtshandlungen versucht haben, ist vorläufig ein zweiter Gesichtspunkt in den Hintergrund gedrängt worden, der doch nicht minder Berücksichtigung verdient: Was meinen wir eigentlich mit der Aussage, dass eine gewisse Handlung einen solchen Rechtszweck verfolge?

Wie sich aus den Bemerkungen in Nr. 1 über den Begriff der Handlung im allgemeinen ergiebt, und wie schon in der Schlussbemerkung zu Nr. 2 angedeutet wurde, kann es nur zweierlei sein, was wir damit ausdrücken wollen:

I. dass die Absicht des Handelnden auf einen der genannten Rechtszwecke gerichtet ist;

II. dass diese Absicht in der zu ihrer Realisierung vorgenommenen Handlung auch wirklich zum Ausdruck kommt.[23])

Allein jede dieser beiden Forderungen ist verschiedener Deutung fähig und daher noch genauerer Formulierung oder doch Begrenzung bedürftig.

6. Beginnen wir mit dem Satze: die Absicht des Handelnden muss auf einen der genannten Rechtszwecke gerichtet sein. Wird hier von dem Handelnden auch das Bewusstsein davon gefordert, dass der von ihm erstrebte Zweck ein Rechtszweck in unserm Sinne oder gar ein Rechtszweck von der und der bestimmten Art sei, oder genügt es, dass seine Absicht überhaupt nur auf einen sachlich bestimmten Zweck gerichtet ist, der sich unsrer wissenschaftlichen Betrachtung als einer der genannten Rechtszwecke darstellt?

Ich stehe keinen Augenblick an, hierauf zu antworten, dass schon das letztere genügt. Und sofern es sich dabei zunächst nur um eine Erläuterung meines eigenen Sprachgebrauchs (vgl. Nr. 3) handelt, so könnte ich allenfalls auf jede weitere Motivierung verzichten. Aber naturgemäss knüpft sich hieran sofort die Frage: was ist damit eigentlich gesagt? wie verhält sich insbesondere unsere Auffassung zu der bisherigen, theoretischen und praktischen Behandlung dieser Dinge?

---

[23]) Die Forderungen I und II entsprechen genau jenen zwei Forderungen, die wir in Nr. 1 überhaupt für jede Handlung aufgestellt haben. Warum ich in der Forderung I das die Rechtshandlung charakterisierende Wollen als „Absicht“ kennzeichne, folgt von selbst aus Anm. 10 (oben S. 54).

Um diese Frage zu beantworten, sind wir genötigt, schon jetzt in die Erörterung einer Kontroverse einzutreten, die speziell für die Lehre vom Rechtsgeschäft aufgeworfen, seit einigen Jahrzehnten eine hervorragende Rolle in der neueren juristischen Litteratur gespielt hat.[24]) Die bis in die jüngste Zeit herrschende Theorie über die Beziehung zwischen der in jedem Rechtsgeschäfte enthaltenen Willenserklärung und den vom positiven Rechte an das Rechtsgeschäft geknüpften Rechtsfolgen, wie sie ihren prägnantesten Ausdruck wohl in den Ausführungen Zitelmanns[25]) gefunden hat, hält fest an dem Gedanken, dass der vom bürgerlichen Rechte zu schützende, im Rechtsgeschäft erklärte Wille, wenn auch nicht auf alle, so doch auf gewisse wesentliche Rechtsfolgen gerichtet sein müsse. Im schärfsten Gegensatze hierzu — wenn wir von denen absehen, die am liebsten den Begriff des Rechtsgeschäfts ganz aufgeben möchten, — behauptet Lenel: der im Rechtsgeschäft sich manifestierende Wille brauche sich auf die vom bürgerlichen Rechte an das Rechtsgeschäft geknüpften Rechtsfolgen überhaupt gar nicht zu beziehen; das Wesen des Rechtsgeschäfts im Unterschiede von allen andern juristischen Thatsachen liege vielmehr darin, dass umgekehrt „die Rechtsfolge sich hier prinzipiell den Parteizwecken anbequeme und unterordne", die an sich meistens rein ökonomische seien.[26]) Der letzteren Auffassung verwandt, aber doch in mancher Hinsicht der herrschenden Theorie näher stehend erscheint die Ansicht Bechmanns, wonach zwar zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts regelmässig eine bloss „empirische Absicht" genügt, diese aber stets, wie anderseits auch die in jedem einzelnen Falle eintretende spezifisch

---

[24]) Es ist hierbei selbstverständlich nicht meine Absicht, einen vollständigen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft in dieser Streitfrage zu geben. Vielmehr kommt es mir bloss darauf an, meine eigene Ansicht durch Vergleichung mit den Hauptansichten der Gegenwart, und namentlich mit denen, die der meinigen am nächsten stehen, klarzulegen und näher zu begründen. Und für diesen Zweck halte ich es im Gegenteil für angezeigt, mich auf möglichst wenige, aber besonders charakteristische Vertreter der betreffenden Hauptrichtungen zu beschränken.

[25]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, namentlich S. 225, 235, 237, 279.

[26]) Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, in Jherings Jahrbüchern XIX, S. 154 ff. Vgl. insbes. S. 163, 249.

rechtliche Wirkung als eine dergestalt „typische" zu denken ist, dass man geradezu sagen kann, die Absicht gehe — wenn auch nicht subjektiv, so doch objektiv — auf einen bestimmten Rechtserfolg.[27]) Durchaus bewusster Weise endlich knüpft Enneccerus wieder an die herrschende Theorie an, wenn er auch gleichzeitig — in sachlicher Übereinstimmung mit Bruns u. a. — offen zugiebt, dass die wesentliche Rechtsfolge nicht ausdrücklich als solche oder gar ihrer speziellen juristischen Konstruktion nach, sondern bloss „in praktischer Anschauung" gewollt sein müsse.[28])

Eine Vergleichung der vorstehend skizzierten Hauptansichten über den „Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens" mit unserer oben angedeuteten Auffassung der bei jeder Rechtshandlung erforderlichen Absicht erscheint nun freilich auf den ersten Blick sehr erschwert durch den Umstand, dass der Begriff, den alle jene Ansichten mit dem Ausdruck „Rechtsgeschäft" verbinden, sich nicht allein der Formulierung nach, sondern auch sachlich weder mit unserm gegenwärtig näher zu bestimmenden Begriff der Rechtshandlung, noch mit unserm erst im dritten Abschnitte eingehender zu erörternden Begriffe des Rechtsgeschäfts deckt. Trotzdem ergiebt sich bei genauerer Betrachtung ein für die gegenwärtige Erörterung völlig ausreichender Vergleichungspunkt: Nicht nur alles, was ich als Rechtsgeschäft auffasse und als solches später näher ins Auge fassen werde, sondern auch alles, was nach bisherigem, wirklich allgemeinen juristischen Sprachgebrauche als Rechtsgeschäft behandelt worden ist, lässt sich reduzieren auf Rechtshandlungen in unserm Sinne. Das will sagen: alle Rechtsgeschäfte, in dem einen wie in dem andern Sinne, sofern sie es wahrhaft und nicht bloss fingierter Weise sind, stellen entweder selbst Rechtshandlungen dar oder setzen sich doch zusammen aus Rechtshandlungen. Und daraus folgt notwendig, dass wir alles, was jene Hauptansichten vom rechtsgeschäftlichen Willen behaupten, auch ohne weiteres als von dem in allen bezüglichen Rechtshandlungen sich bekundenden Willen behauptet ansehen dürfen.

---

[27]) Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. II, S. 1 ff. Vgl. insbes. S. 18.

[28]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 17 ff.

Dies vorausgeschickt, kann es für mich keinem Zweifel unterliegen, dass unsre Auffassung vom Rechtshandlungs-Willen den Anschauungen von Bechmann und Enneccerus am nächsten steht. Ja, sie steht in gewisser Hinsicht geradezu zwischen den von letzteren vertretenen Ansichten. Auf der einen Seite nämlich halte ich dafür, dass kein wahrer Rechtshandlungswille vorliegt, wenn sich die Absicht des Handelnden bloss auf irgend einen „empirischen", wenn auch noch so „typischen, aber an sich nichtrechtlichen" Zweck richtet, an den ein bestimmtes positives Recht nur äusserlich eine gewisse Rechtsfolge geknüpft hat. Auf der andern Seite halte ich es nicht für nötig, dass bei der Rechtshandlung der Handelnde sich stets irgendwelcher Rechtsfolge, insbesondere irgendwelcher Folge, die das bürgerliche Recht an seine Handlung knüpft, bewusst sein müsse. Vielmehr genügt es m. E., wenn der unmittelbare Zweck, den der Handelnde mit seiner Handlung erstrebt, sich selbst irgendwie als ein Rechtszweck in dem oben in Nr. 4 dargelegten Sinne darstellt; und zwar genügt dies auch dann, wenn dieser Rechtszweck, wie er inhaltlich vom Handelnden gewollt ist, nur unsrer wissenschaftlichen Betrachtung als Rechtszweck erscheint, während sich der Handelnde jener Eigenschaft des gewollten Zweckes gar nicht oder doch nicht klar bewusst war.

Nehmen wir, um diesen Gedanken noch deutlicher zu machen, ein Beispiel, das Enneccerus in seiner Kritik der Bechmannschen Ausführungen beigezogen hat. „Jemand, der vom sogen. Oralfideikommiss nichts weiss, sagt zu seinem zukünftigen Erben: „„Du sollst dem X wegen der treuen Dienste, die er mir geleistet hat, nach meinem Tode 1000 auszahlen. Ich sage Dir das absichtlich nur mündlich, weil ich Dich rechtlich zu nichts verpflichten will; ich vertraue Deinem Gehorsam ohne rechtliche Verpflichtung."" „Die empirische faktische Folge", bemerkt Enneccerus hierzu, „ist ernstlich gewollt; aber nur durch das Mittel ethischer, nicht rechtlicher Gebundenheit." Soweit nun diese Deduktion sich gegen Bechmann richtet, wird ihr zuzustimmen sein. Ich vermute mit Enneccerus, dass auch Bechmann selbst in solchem Falle nicht ein rechtlich verbindliches Vermächtnis, sondern nur eine rechtlich unverbindliche Willensäusserung annehmen würde, obgleich seine

prinzipiellen Ausführungen zu der ersteren Konsequenz führen müssten. Allein der wahre Grund, warum hier die Annahme eines Vermächtnisses ausgeschlossen ist, liegt doch nicht schon darin, dass es an einer bewussten Richtung des Willens auf Vermächtnis-Errichtung fehlt, sondern vielmehr darin, dass mit vollem Bewusstsein ein Zweck von durchaus nicht-rechtlichem Charakter gewollt ist. Dies zeigt sich sofort, wenn wir das obige Beispiel ein wenig ummodeln und die fragliche Willenserklärung einfach dahin lauten lassen: „Du sollst dem X wegen der treuen Dienste, die er mir geleistet hat, 1000 auszahlen.“ Enneccerus würde auch in diesem Falle kein gültiges Oralfideikommiss annehmen dürfen; denn da er voraussetzt, dass der also Redende gar nichts von einer solchen Rechtsinstitution weiss, mithin auch keine Kenntnis hat von irgendwelchen Folgen, die das bürgerliche Recht an derartige Erklärungen anknüpft, so ist in diesem Falle auch schlechterdings keine „Rechtsfolge“ — auch nicht eine Rechtsfolge in praktischer Ausführung — gewollt. Vom Bechmannschen Standpunkte aus ergiebt sich umgekehrt sofort die entgegengesetzte Entscheidung. Nach meiner Auffassung dagegen ist zuvörderst zu fragen: Stellt sich der vom Redenden mit seiner Erklärung erstrebte Zweck, so wie er thatsächlich von ihm gewollt ist, nach unsrer wissenschaftlichen Auffassung als ein Rechtszweck dar oder nicht? Und diese Frage ist nur dann zu bejahen, wenn man aus der Erklärung oder aus noch andern unterstützenden Umständen schliessen darf, dass der Redende ein Rechtsverhältnis zwischen dem Angeredeten und dem X habe begründen wollen, d. h. nicht ein bestimmtes vom bürgerlichen Rechte sanktioniertes Verhältnis, sondern einfach ein Verhältnis von Anspruch und Pflicht zwischen den betreffenden Personen, wie es in dieser schlechthinnigen Allgemeinheit oder Abstraktheit freilich in der Wirklichkeit nirgends für sich allein vorkommt, wohl aber in jedem konkreten Rechtsverhältnisse, mag es ein Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, zwischen Eigentümer und Dieb, Beleidigtem und Beleidiger, Beschädigtem und Beschädiger, oder auch zwischen Herrn und Diener, Staat und Unterthanen, Verein und Vereinsgenossen u. s. w. sein, den gemeinsamen rechtlichen Charakter desselben darstellt,

und demgemäss auch jedem normal ausgebildeten erwachsenen Menschen aus zahllosen Einzelerfahrungen des praktischen Lebens zur Genüge vertraut ist. Nur wo dieses praktische Leben, wie dies namentlich im Jugendalter der uns bekannten Kulturvölker hervortritt, für die Begründung bestimmter Rechtsverhältnisse bloss ganz bestimmte Formen kennt, wird man auch allein beim Gebrauch der betreffenden Form die Absicht, ein Rechtsverhältnis zu begründen, vermuten dürfen. Wo dagegen, wie in der Gegenwart, regelmässig keine bestimmte Form für die Begründung eines Rechtsverhältnisses vorgeschrieben ist, da wird vielmehr bei jeder überhaupt ernsthaft gemeinten und ihrem Inhalte nach unzweideutigen Willenserklärung die Richtung auf einen Rechtszweck zu vermuten sein; es sei denn, dass dies mit deren Inhalte selbst oder mit irgendwelchen sie begleitenden Umständen schlechterdings nicht in Einklang zu bringen wäre.[29]) Im übrigen fehlt es — ganz ab-

[29]) Die Sache liegt m. a. W. ganz ähnlich, wie bei der für eine strafbare Handlung erforderlichen „rechtswidrigen Absicht". Wie wir bei einer dolosen strafbaren Handlung niemals Kenntnis von der Strafbarkeit der Handlung, d. h. von der an die Handlung geknüpften Rechtsfolge der Strafe für notwendig erachten, so ist auch bei der Rechtshandlung schlechterdings keine Kenntnis von den Rechtsfolgen, die das bürgerliche Recht an die Handlung knüpft, also insbesondere keine Kenntnis von der Klagbarkeit oder Nichtklagbarkeit zu verlangen. Dagegen gehört zur rechtswidrigen Absicht allerdings irgendwelches, wenn auch nur minimales Bewusstsein von dem Widerspruch, der zwischen dem thatsächlich verfolgten Zwecke und dem Rechte besteht; und ebenso gehört ein gewisses, wenn auch nur minimales Bewusstsein von der Rechtszweck-Natur des thatsächlich verfolgten Zweckes zu den wesentlichen Erfordernissen der Rechtshandlung. Wie daher der positive Glaube, einer Verpflichtung gemäss oder doch in Übereinstimmung mit einer bestimmten erlaubenden Rechtsnorm zu handeln, wenn nicht den Dolus schlechthin, so doch jede „rechtswidrige Absicht" im engern Sinne (z. B. die Absicht rechtswidrigen Zueignens) ausschliesst, so schliesst die bestimmte negative Intention, d. h. die Intention, etwas Nicht-Rechtsverbindliches zu wollen, notwendig die Rechtszweck-Absicht aus. Und wie anderseits zum Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auch schon das blosse Gefühl, nicht so handeln zu sollen, genügt, — wohlverstanden, sofern nicht dieses Gefühl dem Bewusstsein direkt als ein nicht-rechtliches erscheint, — so genügt auch zum Bewusstsein der Rechtszweck-Natur einer gewissen Rechtshandlung schon das Gefühl des Sollens schlechtweg, sofern nur damit nicht jenes vorher erwähnte differenzierende Bewusstsein verbunden ist.

gesehen von den für die Begründung bestimmter Rechtsverhältnisse unbedingt notwendigen Formen — auch heute nicht an gewissen typischen Äusserungsweisen, die im Zweifel als Ausdruck eines gerade auf einen Rechtszweck gerichteten Willens anzusehen sind. So spricht m. E. in unserm obigen Beispiele für eine solche Schlussfolgerung oder m. a. W. für die Absicht, eine Rechtsnorm zu setzen (vgl. Nr. 4 a. E.), schon die Form des Imperativs, des Befehls, die in dieser Beziehung nach dem gemeinen Sprachgebrauche des praktischen Lebens als ebenso typisch gelten darf, wie die Formen der Bitte und des Rates — je nach der besonderen Lage des Falls — für die entgegengesetzte Absicht, etwas bloss in das Gewissen des Angeredeten selbst zu verstellen.[30]) Wo allerdings die Form der Erklärung keine derartige Vermutung begründet, sei es weil sie überhaupt nicht in der vorgedachten Weise typisch lautet, sei es weil sie im Widerspruch steht mit andern Thatsachen, wird man, wie schon bemerkt, nach den begleitenden Umständen, die entweder die eine oder die andere Auslegung der Erklärung unterstützen können, Umschau halten müssen. So wird z. B. die Thatsache, dass der Erblasser seinen nächsten Erben davon in Kenntnis setzt, dass er ein Kodizill, in welchem der X wegen seiner treuen Dienste mit 1000 bedacht war, zurückgenommen habe, aber zugleich hinzufügt, dass er natürlich darauf rechne, der Erbe werde seinen darin ausgesprochenen Willen ohnehin erfüllen, meist dahin zu deuten sein, dass an Stelle des früheren formellen Vermächtnisses eine blosse Gewissensverpflichtung des künftigen Erben treten soll; ja, dies würde sogar

---

[30]) Natürlich ist „typisch" nicht zu verwechseln mit „ausnahmslos". Dass namentlich auch die Form des Imperativs gelegentlich in einem andern, als dem vorgedachten typischen Sinne gebraucht werden kann, folgt schon aus den Ausführungen im Texte selbst. Umgekehrt erscheinen Rat und Bitte auch gelegentlich als Ausdruck einer auf einen Rechtszweck gerichteten Absicht. Allerdings wohl kaum jemals als Ausdruck der Absicht, eine Rechtsnorm zu setzen, dagegen nicht selten als bewusste Erfüllung einer Rechtspflicht oder als bewusste Auslösung einer für die Wirksamkeit gewisser Rechtsnormen gesetzten Bedingung. So kann die Erstattung eines Gutachtens infolge amtlicher Anordnung oder wenigstens das zusammenfassende Endstück desselben in die Form des Rates eingekleidet sein; so die Klage oder wenigstens der sie abschliessende Antrag in die Form der Klagbitte.

dann zu vermuten sein, wenn unter der gedachten Voraussetzung der Zurücknahme des früheren formellen Kodizills die spätere mündliche Erklärung in der vorher besprochenen typischen Befehlsform abgegeben wäre, und es würde namentlich gar kein Zweifel in dieser Hinsicht auftauchen können, wenn der mit der einschlagenden Gesetzgebung wohlbekannte Erblasser der vorausgeschickten Mitteilung noch die motivierende Bemerkung hinzufügte, er wolle dem X die Notwendigkeit, den Vermächtnis-Stempel zu bezahlen, ersparen. Umgekehrt würde in einer der Erklärung an den Erben parallel gehenden Mitteilung des Erblassers an den X selbst, dass er nach seinem Tode von dem Erben wegen seiner treuen Dienste 1000 erhalten werde, ein die vorher erwähnte allgemeine Vermutung bestätigender Beleg für die Annahme eines wirklichen Vermächtnisses, weil für die Begründung eines Anspruchs des X gegen den Erben zu erblicken sein.

7. Die vorstehenden Erörterungen dürften genügen, im allgemeinen klarzulegen, was ich unter der „auf einen Rechtszweck gerichteten Absicht“ verstehe, die uns als erstes wesentliches Requisit der Rechtshandlung (Nr. 5, I) erscheint, sowie auch gleichzeitig auf die praktische Bedeutung dieser Auffassung — namentlich im Vergleich mit den hervorragendsten nächstverwandten Ansichten — hinzuweisen.

Eine ganz andere Frage ist natürlich, wie weit diese allgemeine Auffassung im Einklang steht mit den Anschauungen, die in den Vorschriften irgend eines bestimmten positiven (bürgerlichen) Rechts ihre Sanktion gefunden haben. Und damit berühre ich abermals einen Punkt, bezüglich dessen ich mich im Gegensatze, und zwar diesmal in einem tiefgreifenden methodischen Gegensatze, zu fast allen bisherigen Untersuchungen über diese Dinge befinde.

Sowohl die Vertreter der herrschenden Theorie, wie ihre Gegner mühen sich damit ab, einen Begriff, den sie in Wahrheit einem ziemlich jungen und obendrein nicht völlig konstanten Sprachgebrauche entnehmen, aus dem römischen Privatrechte heraus zu definieren. Allerdings differieren sie bezüglich der Art und Weise, wie sie von dieser zwiefachen Grundlage aus zu ihren Definitionen gelangen. Die

Vertreter der herrschenden Theorie setzen den Begriff des Rechtsgeschäfts als einen — wenn auch nicht der Fassung, so doch der Sache nach — bereits den römischen Juristen selbst vertrauten voraus; sie finden die Bestätigung hierfür in einer grösseren Reihe von Quellenstellen und behandeln alle abweichenden Thatbestände, die trotzdem nach dem gemeinen Sprachgebrauche als Rechtsgeschäfte angesehen zu werden pflegen, als blosse Ausnahmefälle, mit denen sie in irgendwelcher Weise nebenher fertig zu werden sich bestreben. Die Gegner verwerfen die erstere Voraussetzung; sie erachten demgemäss auch diejenigen Quellenzeugnisse, die von der herrschenden Theorie als Ausnahmebestimmungen behandelt werden, als nicht minder maassgebend für den Begriff des Rechtsgeschäfts und versuchen nun „auf rein induktivem Wege“ eine Definition dieses Begriffes zu gewinnen oder umgekehrt die völlige Unmöglichkeit einer solchen Definition nachzuweisen. Aber beide Teile irren gleichmässig darin, dass sie den heutigen Sprachgebrauch, obgleich er — wie schon bemerkt — ein verhältnismässig recht junger und nicht einmal ein völlig konstanter ist, dennoch als etwas im allgemeinen Gegebenes annehmen; und sie irren noch mehr, indem sie das römische Privatrecht nicht bloss als ein mit Hilfe des fraglichen Begriffs zu sichtendes Material, sondern vielmehr als entscheidenden Maassstab für die Brauchbarkeit, ja sogar für die Richtigkeit des Begriffs betrachten.

Ich will damit selbstverständlich nicht sagen, dass der bisherige gemeine Sprachgebrauch nicht den Ausgangspunkt für die uns hier interessierenden Untersuchungen bilden könne. So wenig dieser Sprachgebrauch aus dem unmittelbaren Sprachgefühl des Volkes hervorgegangen, so zweifellos er vielmehr ein reines Produkt der Doktrin ist und demgemäss keinen höheren Anspruch auf Beachtung hat, als irgend eine andere doktrinäre Aufstellung, so gewiss erscheint er als Ausdruck einer herrschenden Meinung und verdient als solcher in erster Linie Beachtung. Von diesem Gesichtspunkte aus haben wir selbst jenen Sprachgebrauch — wenigstens soweit er wirklich als ein allgemeiner erscheint — in Nr. 6 zum Ausgangspunkt für die Vergleichung unsrer Ansicht mit einigen andern, bisher hauptsächlich vertretenen Ansichten genommen, und mussten dies geradezu thun. Allein ebenso gewiss

bietet der gedachte Sprachgebrauch gar keine Garantie für die Richtigkeit der darin zum Ausdruck gelangten Anschauung, auch nicht einmal insoweit, als er thatsächlich bis jetzt ohne Widerspruch geblieben ist. Und ebendarum ist es unrichtig, ihn einfach als etwas Gegebenes zu behandeln, anstatt nach den Gründen der in ihm zum Ausdruck gelangten Meinung zu fragen, diese auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen und eventuell eine ganz neue Begriffsbildung — nur unter Beibehaltung des etwa sonst zweckentsprechenden Ausdrucks — zu versuchen. Hätte man auch nur ernstlich jene Frage gestellt, so würde man sich längst überzeugt haben, dass die beiden Momente, die auf den bisherigen Gebrauch des Wortes „Rechtsgeschäft“ zugleich eingewirkt haben, — auf der einen Seite die sprachliche Bedeutung des Wortes im Zusammenhange mit einer gewissen allgemeinen Anschauung vom „Rechte“ überhaupt, auf der andern die Rücksicht auf ein ganz bestimmtes Rechtsgebiet, aus dem man im möglichst engen Anschluss an die darin sanktionierten Vorstellungen eine Reihe von gleichartig erscheinenden Thatbeständen herausgriff, — in Wahrheit zwei ganz heterogene Momente sind, die nimmermehr gleichmässig maassgebend sein können für eine richtige Begriffsbildung.

Um derartige widerspruchsvolle Begriffsbildungen zu vermeiden oder durch neue, in sich einheitliche zu ersetzen, giebt es nur zwei Wege. Der eine ist: wirklich, so weit möglich, Ernst zu machen mit der vielgepriesenen, aber selten konsequent betriebenen Induktionsmethode und zwar — wie dies hierzu ganz notwendig mitgehört — innerhalb eines bestimmten, von vornherein genau begrenzten Rechtsgebiets. Im gegenwärtigen Falle würde es also darauf ankommen, schlechthin alle menschlichen Handlungen, an welche das betreffende positive Recht irgendwelche Rechtsfolgen knüpft, einmal mit Rücksicht auf die Art der Rechtsfolge, sodann im Hinblick auf alle irgend denkbaren Absichten der Handelnden, endlich nach Maassgabe der verschiedenen Beziehungen von Absicht und Rechtsfolge zu klassifizieren. Ergäbe sich hierbei eine bestimmte Klasse von Handlungen, auf welche eine bisher schon gebräuchliche Bezeichnung passt, so stünde nichts entgegen, diese Bezeichnung zu einer technischen hierfür zu

erheben; aber immer mit dem ganz bestimmten Vorbehalt, dass für die in der Folge zu gebende Begriffsbestimmung schlechterdings nicht der bisherige Sprachgebrauch, sondern nur die vorher erwähnte, rein sachliche Klassifizierung maassgebend sein könne. Ferner ist zu beachten, dass der auf solche Weise gebildete Begriff zunächst immer bloss für das bestimmt begrenzte Gebiet Geltung beanspruchen darf, welches vorher wirklich induktiv bearbeitet wurde. Allgemeine juristische Grundbegriffe sind auf diesem Wege nur dadurch zu gewinnen, dass man entweder alle nur möglichen Rechtsgebiete in genau derselben Weise durchforscht und dann die so erlangten Resultate vergleicht und weiter verarbeitet, oder dass man wenigstens durch eine grössere Zahl von geeigneten Experimenten, wenn ich so sagen darf, die Verwendbarkeit der zuvörderst nur aus einem bestimmt begrenzten Gebiete entnommenen Begriffe auch für alle andern bezüglichen Rechtsgebiete nachzuweisen sucht. Praktisch genommen kann wohl überhaupt nur der letztere Modus procedendi in Frage kommen. Allein um hier wirklich einigermaassen sicher zu gehen, erscheint es schliesslich unumgänglich, die neue Begriffsbildung auch mit andern, bereits vorher gewonnenen allgemeinen Grundbegriffen, vor allem mit dem allgemeinen juristischen Begriffe vom Rechte überhaupt zu vergleichen und daraus Anlass zur Korrektur — sei es der neuen Begriffsbildung, sei es der früher gewonnenen Grundbegriffe — zu entnehmen.

Mit der letzten Bemerkung ist aber auch zugleich der Grund berührt, warum ich, namentlich wie die Dinge für uns liegen, einen zweiten Weg für vorteilhafter erachte: nämlich auszugehen von anderen schon gewonnenen Grundbegriffen, wie wir sie im I. Bande und im 1. Abschnitt des gegenwärtigen Buches näher dargelegt haben, und von hier aus versuchen, die leitenden Gesichtspunkte zu finden für weitere Begriffsbildungen, im vorliegenden Falle für eine durchgreifende Klassifikation aller unter rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachtenden menschlichen Handlungen. So ergeben sich aus dem Grundbegriff der „Rechtsnorm" ganz von selbst die Begriffe der „rechtmässigen und rechtwidrigen Handlung"; so sind wir von dem Gedanken der „Rechtspflicht" und der „Rechtsfolge" aus zu dem Begriffe der „rechtlich erheblichen Handlung" gelangt; so bot sich uns der Begriff des anerkannten „Rechtszweckes" dar

als eine Richtschnur, um danach jene ganze Summe rechtlich erheblicher Handlungen in zwei grosse Gruppen zu zerlegen und dann innerhalb der einen Gruppe verschiedene Unterarten zu unterscheiden nach der Verschiedenheit der Rechtszwecke. Wenn ich diese eine grosse Hauptgruppe von Handlungen, die sich durch ihre Richtung auf einen anerkannten Rechtszweck charakterisieren, als „Rechtshandlungen" bezeichne, so glaube ich hierbei, wie schon in Nr. 3 näher motiviert wurde, das natürliche Sprachgefühl für mich zu haben. Aber selbst, wenn ich mich hierüber täuschen sollte, würde dies durchaus kein sachlicher Grund gegen unsre versuchte Klassifikation der Handlungen und insbesondere gegen die begriffliche Zusammenfassung der betreffenden Handlungen zu Einer Gruppe sein; sogar dann nicht, wenn ein wahrhaft allgemeiner gegensätzlicher Sprachgebrauch in dieser Hinsicht existierte, während dies nach dem früher Bemerkten bezüglich des Wortes „Rechtshandlung" entschieden zu verneinen ist. Ebensowenig würde ich einen Grund gegen unsre Begriffsbestimmung von „Rechtshandlung" schon darin erblicken können, dass sich bei der konsequenten Anwendung derselben auf irgend ein positives Recht, beispielsweise wieder auf das römische Privatrecht, eine kleinere oder auch grössere Zahl von Handlungen ergeben, die zwar nach der bisher üblichen Anschauung als Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte galten, aber nicht unter unsern Begriff der Rechtshandlung passen. Zwar bin ich keineswegs der neuerdings mehrfach aufgestellten Meinung, dass die Richtigkeit einer Begriffsbestimmung durch die gleichzeitige Zulassung von Ausnahmefällen, die mit der gegebenen Definition des Begriffs nicht im Einklang stehen, die man jedoch trotzdem fortgesetzt unter den definierten Begriff subsumieren zu müssen glaubt, nicht beeinträchtigt zu werden brauche.[31]) Nein, hier giebt es nur ein

---

[31]) Es ist m. E. schon bezeichnend, dass die meisten Vertreter der hiermit abgelehnten Ansicht sich gar nicht die Mühe nehmen, diese Frage ernstlicher durchzudenken. So viel ich sehen kann, hat nur Enneccerus a. O. S. 54 eine Begründung jener Ansicht versucht; und gerade diese Begründung bietet mir die besten Gründe für meine im Texte verfochtene Überzeugung, so dass ich ihn der Sache nach kaum zu meinen Gegnern zählen mag. Zuvörderst fällt es mir ebensowenig wie ihm selbst ein; den Begriff

Entweder—Oder; die Begriffsbestimmung muss auch die fraglichen Ausnahmefälle berücksichtigen oder man muss offen aussprechen, dass der fragliche Begriff selbst keine Anwendung finde, bezw. nur

des Rechtsgeschäfts oder irgend einen andern Rechtsbegriff als „wirkende Ursache zu betrachten, welche Naturgesetzen vergleichbar eine Ausnahme undenkbar mache". Im Gegenteil, ich vermag mir einen Begriff überhaupt nicht als „wirkende Ursache" zu denken; selbst als „Motive" des Handelns kann ich immer nur Rechtsnormen, niemals aber Rechtsbegriffe ansehen. Anderseits betrachte ich selbst die Frage, ob Naturgesetze, die ich meinerseits ebenfalls nicht als wirkende Ursachen, sondern bloss als Ausdruck bestimmter Erkenntnisse über ein Kausalitätsverhältnis bestimmter Vorgänge zu einander auffassen kann, als schlechthin ausnahmslos zu gelten haben, als keine unbedingt zu bejahende. Schon die Thatsache, dass öfters ein Naturgesetz durch das andere, oder richtiger gesagt, die dadurch ausgedrückte Wirkungsweise eines bestimmten Natur-Faktors durch die eines andern ganz oder teilweise paralysiert wird, nötigt zu einer Modifikation der gewöhnlichen Vorstellung von dem, was man Ausnahmslosigkeit nennt; von der Wunderfrage völlig zu geschweigen. Allein ganz anders liegt die Sache bei der Definition eines Begriffs. Eine Begriffsbestimmung, die auch nur eine einzige Erscheinung, die der Sache nach unter den betreffenden Begriff fällt, unberücksichtigt lässt, kann niemals als vollständig richtige Bestimmung eben dieses Begriffs gelten. In Wahrheit leugnet dies wohl auch E. nicht. Wenn er a. O. bemerkt, „dass es nur darum sich handle, die einfachsten, klarsten und was die Hauptsache ist, brauchbarsten begrifflichen Zusammenfassungen des Gleichen und juristisch Relevanten in den sonst vielfach verschiedenen Rechtserscheinungen zu finden", und dass darum „ein klarer und als Grundlage der Beurteilung für die ungeheure Mehrheit der Fälle unmittelbar verwertbarer Begriff, auch wenn er nur mit einer praktisch wenig bedeutenden Ausnahme die Sache deckt, vorteilhafter sei, als die Bildung eines neuen zwar die Sache völlig deckenden, aber praktisch wenig bedeutsamen Begriffs", so vermischt er m. E. die Begriffs-Bildung mit der Definition eines bereits gebildeten Begriffs. Für erstere trifft seine Bemerkung durchaus zu; für letztere ganz und gar nicht. Die Folge ist, dass er in der sich daran schliessenden Anwendung der vorausgeschickten Sätze auf seinen Rechtsgeschäftsbegriff vom Gesichtspunkte der Begriffs-Bildung aus relativ richtig vorgeht, aber nicht dazu kommt, auch die notwendige Konsequenz, die sich von dem andern Gesichtspunkte aus ergiebt, zu ziehen und offen zu sagen: die Fälle, in denen „das Recht die Rechtsfolgen auch dann herbeiführt, wenn die Parteien die gleichen thatsächlichen Folgen gewollt haben, und das Wollen dieser Folgen als Rechtsfolgen nur durch eine irrtümliche Annahme verhindert worden ist", stehen zwar in nächster Nähe, aber doch ausserhalb des von mir gebildeten Begriffs; sie sind also entweder überhaupt nicht oder nur fiktiver, übertragener Weise als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen.

vermittelst einer Fiktion Anwendung finden könne auf jene Fälle. Allein ich vermag eben gar keinen triftigen Grund abzusehen, warum ich nicht mit aller Bestimmtheit mich auf den letzteren Standpunkt stellen sollte. Nur wenn sich bei gewissenhafter Durchführung schliesslich herausstellte, dass unser so bestimmter Begriff von „Rechtshandlung“ im Grunde völlig unverwendbar oder vom praktischen, wie systematischen Gesichtspunkte aus wertlos sei, würde ich die Nichtberechtigung unsrer Begriffsbildung als erwiesen ansehen müssen.

Ich darf mir freilich nicht verhehlen, dass die hier von uns empfohlene und befolgte Methode — bei der heute in die Mode gekommenen Begeisterung für vermeintlich „rein induktive“ Methoden — von manchen allein schon darum verworfen oder doch mit misstrauischen Augen betrachtet werden wird, weil sie wesentlich deduktiver Art ist. Wie abgeschmackt jedoch im gegenwärtigen Falle ein solcher Vorwurf wäre, mögen wenige Bemerkungen zeigen. Vor allem ist „deduktiv“ nicht identisch mit „aprioristisch“, wie man öfters anzunehmen scheint. Insbesondere ist unsre Untersuchung als Ganzes keine a priori konstruierende. Vielmehr sind die im ersten Bande erörterten juristischen Grundbegriffe, der Begriff des Rechts überhaupt und damit zugleich die darin mit beschlossenen Begriffe des Rechtsanspruchs, der Rechtspflicht und des Rechtsverhältnisses ursprünglich auf induktivem Wege gewonnene Begriffe. Nicht als wenn ich leugnen wollte, dass bei deren Bildung oder Auffindung die unmittelbare Intuition eine wichtige Rolle gespielt hat; aber in Wahrheit trifft das mehr oder weniger auch für jede andere Induktion zu, die sich wirklich als fruchtbar erwiesen hat. Anderseits ist es allbekannt, dass auch die exakte Naturwissenschaft erst dann in ihren auf induktivem Wege errungenen Resultaten sich sicher fühlt, wenn es ihr gelungen ist, durch geeignete Experimente nach den verschiedensten Richtungen hin ausreichende Bestätigung derselben zu erhalten. Das heisst aber nichts andres, als die deduktive Methode, wie sie hier in den Schlussfolgerungen aus den zuerst erlangten, gewissermaassen nur provisorischen Resultaten und in den hierauf gegründeten Experimenten zur Anwendung kommt, zum Prüfstein der Richtigkeit machen. Und was hier das Experiment zu leisten hat, das

vermag auf dem Gebiete der Geisteswissenschaften regelmässig nur das konsequente Durchdenken der vorläufig gewonnenen allgemeinen Begriffe und Grundsätze, also für unsern Zweck das weitere Durchdenken der im ersten Bande erörterten, und die gewissenhafte Nachprüfung aller sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen. Übrigens ist auch der andere von uns charakterisierte Weg, um zu einer brauchbaren juristischen Klassifikation der Handlungen zu gelangen, schliesslich kein rein induktiver; am allerwenigsten, wo auch er — in der Anwendung eines aus dem römischen Privatrechte gewonnenen Begriffs auf sonstige Rechtsgebiete — ausmündet in den Weg des Experiments, will sagen: der deduktiven Weiterprüfung. Aber auch selbst bei dem ersten Versuche, aus einem verhältnismässig beschränkten Gebiete, wie dem des römischen Privatrechts heraus eine — zunächst nur für dieses gültige — Klassifikation der menschlichen Handlungen zu gewinnen, wird es einem modernen Juristen kaum möglich sein, vollständig auf die Verwendung mancher ihm schon vorher bis zu einem gewissen Grade feststehenden allgemeinen Begriffe, wie der Begriffe des Rechts, der Rechtsfolge, des Rechtsverhältnisses u. s. w. zu verzichten; er täuscht sich also nur, wenn er meint, rein induktiv zu verfahren, während er in Wahrheit fortgesetzt zugleich aus jenen allgemeinen Begriffen heraus das zu durchforschende positive Material beurteilt.

8. Kehren wir nach der längeren Abschweifung in Nr. 7 jetzt noch einmal zu dem nach unsrer Begriffsbestimmung für jede Rechtshandlung wesentlichen Erfordernisse der „auf einen Rechtszweck gerichteten Absicht“ zurück. Was nach meiner Auffassung „Rechtszweck“ sei, habe ich in Nr. 4, was ich unter der „Richtung des Willens auf einen Rechtszweck“ verstehe, in Nr. 6 näher dargelegt. Desgleichen ist die praktische Bedeutung, die diesem Begriffsmerkmale speziell für Rechtssetzungshandlungen, insbesondere auch für Rechtsgeschäfte in unserm — erst im nächsten Abschnitte zu erörternden — Sinne zukommt, an dem in Nr. 6 ausführlich besprochenen Beispiele wenigstens vorläufig im allgemeinen aufgezeigt worden; und die Abschnitte III und V werden überdies reichlich Gelegenheit darbieten, jene vorläufig gewonnene Erfahrung nach den verschiedensten Richtungen hin nachzuprüfen. Dagegen dürfte es angemessen, ja nötig sein, hier eine Anzahl Beispiele

aus der andern Hauptgruppe von Rechtshandlungen ins Auge zu fassen, die wir in Nr. 4 bereits den Rechtssetzungshandlungen gegenüber gestellt und mit einem abkürzenden Ausdrucke als Rechtsbethätigungshandlungen charakterisiert haben.

Um Missverständnissen zu begegnen, muss ich hierbei allerdings wiederholen, dass die letzterwähnte Gegenüberstellung von Rechtssetzungs- und Rechtsbethätigungshandlungen keineswegs als eine schlechthinnige oder ausschliessende gemeint ist. Vielmehr treten uns zahlreich Fälle entgegen, in denen dieselben Handlungen gleichzeitig als Rechtssetzungshandlungen und Rechtsbethätigungshandlungen erscheinen. Wenn wir z. B. behaupten, dass alle Handlungen, die als Erfüllung von Rechtspflichten oder als Geltendmachung von bestehenden Rechtsansprüchen sich darstellen, um dieser Eigenschaft willen stets als Rechtsbethätigungshandlungen anzusehen sind, so soll damit durchaus nicht in Abrede gezogen werden, dass eine ganze Reihe derselben zugleich als Rechtssetzungshandlungen und als Rechtsgeschäfte in unserm später zu erörternden Sinne betrachtet werden müssen. Im Gegenteil, ich erkenne sogar an, dass öfters eine Rechtspflicht schon ihrem Inhalte nach so geartet ist, dass als Mittel zur Pflichterfüllung (und demnach zur Rechtsbethätigung) immer nur eine Rechtssetzungshandlung (ein Rechtsgeschäft) dienen kann. Desgleichen folgt aus dem Inhalte gewisser Rechtsansprüche von selbst, dass ihr Wirksamwerden bedingt ist durch die Vornahme irgendwelcher Rechtssetzungshandlungen, und dass sich letztere demgemäss stets zugleich als Geltendmachung jenes Rechtsanspruchs oder doch als Auslösung der für seine Wirksamkeit gesetzten Bedingungen, jedenfalls also als Rechtsbethätigungshandlungen (vgl. oben Nr. 4, S. 64 f.) charakterisieren. Ja, nicht selten sind solche Rechtssetzungshandlungen zugleich Rechtsbethätigungshandlungen in der zwiefachen dargelegten Bedeutung, und zwar dergestalt, dass in der Vereinigung dieser verschiedenen Eigenschaften ihr besonderes, sie von andern Rechtshandlungen bezw. Rechtsgeschäften unterscheidendes Gepräge besteht. So sind z. B. alle richterlichen Verfügungen, die ihrem Inhalte nach als Setzung subordinierter Rechtsnormen sich einführen, regelmässig zugleich auf Erfüllung

bestimmter richterlicher Pflichten gerichtet, während sie anderseits gleichmässig als Bethätigung eines bestimmten Anspruchs erscheinen, nämlich des Anspruchs des Staates (oder einer andern im Richter repräsentierten Rechtsgemeinschaft) auf Gehorsam gegen die in verfassungsmässiger Weise von seinen Organen erlassenen Anordnungen. Immerhin steht in diesem, wie in allen andern Fällen, wo sich eine Handlung deutlich als Rechtssetzungshandlung charakterisiert, gerade diese Thatsache oder m. a. W. der Zweck der Rechtssetzung, verglichen mit allen andern Zwecken, die sie gleichzeitig als Rechtsbethätigungshandlung von einer oder der andern oder auch von mehrfacher Art erscheinen lassen, für unser Interesse in vorderster Linie; wir beschäftigen uns daher mit ihnen auch am besten erst im nächsten Abschnitte dieses Buches und berücksichtigen dabei die Thatsachen, die sie zugleich als Rechtsbethätigungshandlungen von bestimmter Art kennzeichnen, nur als charakteristische Unterscheidungsmerkmale gegenüber andern Rechtssetzungshandlungen bezw. Rechtsgeschäften. Und ebendarum beschränken wir uns gegenwärtig hauptsächlich auf die Betrachtung solcher Rechtshandlungen, bei denen entweder gar kein Anlass sich bietet, einen auf „Rechtssetzung" gerichteten Willen anzunehmen oder doch der etwa im konkreten Falle vorhandene Rechtssetzungswille nicht als ein für die betreffende Handlung wesentlicher anzusehen ist.

Vor allen Dingen kommen hier alle möglichen Handlungen in Betracht, deren Zweck ausschliesslich oder wenigstens an erster Stelle die Erfüllung irgendwelcher Rechtspflichten ist. Fragen wir: worauf muss die Absicht des Handelnden gerichtet sein, wenn seine Handlung als eine Rechtshandlung, speziell als eine Pflichterfüllungs-Handlung gelten soll? so liegt die Richtigkeit unsers in Nr. 6 aufgestellten Grundsatzes auf der Hand. Nach dem dort Bemerkten genügt es, wenn die Absicht des Handelnden überhaupt nur auf einen sachlich bestimmten Zweck sich richtet, der sich unsrer wissenschaftlichen Betrachtung als ein Rechtszweck darstellt. Das heisst im gegenwärtigen Falle: der Handelnde muss mit der Absicht handeln, eine Pflicht zu erfüllen und zwar eine solche, sachlich bestimmte, die der juristischen Auffassung als Rechtspflicht erscheint. So gehört zu dem

Rechtsakte der Zahlung stets die Absicht, dass das gezahlte Geld oder irgendwelche andere Leistung dazu dienen solle, eine vorhandene Verpflichtung zu erfüllen, sei es ein Darlehn zurückzuzahlen, sei es den Kaufpreis für eine Ware zu gewähren, oder was sonst. Gleichgültig ist dagegen, ob der Handelnde sich der rechtlichen Natur dieser Verpflichtung sowie irgendwelcher Rechtsfolgen bewusst ist, die sich nach den das betreffende Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen an die Erfüllung der fraglichen Rechtspflicht knüpfen, ob er z. B. daran denkt, dass durch die Zahlung der dargeliehenen Summe das Darlehnsverhältnis beendigt, durch die Zahlung des Kaufpreises das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer mindestens modifiziert wird.[32]) Man denke ferner an zahlreiche Amtshandlungen, durch welche offensichtlich

---

[32]) Man muss allerdings beachten, dass das im Texte Gesagte sich zunächst nur bezieht auf die Zahlung eigener Schuld, also auf die Leistung dessen, wozu der Leistende selbst verpflichtet war. Denn die Zahlung fremder Schuld, die Leistung für einen Dritten, fällt als solche überhaupt nicht unter den hier interessierenden Gesichtspunkt. Nur dann gehört sie ebenfalls dahin, wenn sie im Auftrage des Verpflichteten erfolgt; aber dann auch bloss darum, weil hier der Verpflichtete durch den Auftrag und bezw. durch den Beauftragten für die Erfüllung seiner eigenen Pflicht gesorgt hat. (Vgl. § 11, Nr. 2, Bd. I, S. 178.) Abgesehen hiervon ist die Zahlung fremder Schuld keine wahre Pflichterfüllungshandlung: der wirklich Verpflichtete leistet hier überhaupt nicht; der Zahlende aber leistet etwas, wozu er nicht verpflichtet ist. Anderseits kann die positive Bedeutung der Zahlung fremder Schuld eine verschiedene sein; am häufigsten werden wir darin eine Schenkung oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag erblicken. Als das Gemeinsame dabei erscheint uns freilich die Aufhebung der Pflicht des Dritten, des bisherigen Verpflichteten. Allein diese „Tilgung der Schuld“ kann sich immer nur auf positive Vorschriften des für alle Beteiligten geltenden superordinierten Rechts gründen, nicht auf die blosse Absicht des Zahlenden an sich, ja nicht einmal auf die Annahme der Zahlung als solche. Denn die Pflicht zur Annahme der Zahlung eines Dritten versteht sich ebensowenig von selbst, wie irgend eine Verpflichtung des Annehmenden gegenüber einem andern, als dem wirklichen (nichtbeauftragten) Zahler. Anderseits muss in allen diesen Fällen auch wirklich die Absicht des Zahlenden dahin gehen, dass die betreffende fremde Schuld dadurch getilgt, d. h. die Pflicht des bisherigen Verpflichteten aufgehoben wird; sonst tritt auch das letztere nicht ein. Nur das ist zuzugeben, dass diese Absicht der Sache nach auch in der — wenn gleich inkorrekten — Vorstellung liegt, dass man die Pflicht eines Dritten erfüllen wolle.

bestimmte konkrete Amtspflichten erfüllt werden sollen, namentlich solche, die auf einen speziellen Antrag hin oder in Ausführung vorangegangener Rechtssetzungen (Verfügungen) vorgenommen werden; so z. B. an die Zustellungs- und Vollstreckungshandlungen der Gerichtsvollzieher, der Postbeamten und anderer Vollstreckungsbeamten, an die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, an die Einnahme gerichtlichen Augenscheins im Prozess, an die Aufnahme von Protokollen über alle möglichen gerichtlichen Handlungen, an die Aufnahme sonstiger Urkunden, Ausstellung von Beglaubigungen, Zeugnissen, Bescheinigungen aller Art durch einen Richter, Gerichtsschreiber, Notar u. s. w. In allen diesen Fällen wird, um von einer gültigen Amtshandlung der betreffenden Art reden zu können, die Absicht des an sich zu solcher Amtshandlung Befugten vorausgesetzt werden müssen, nicht bloss überhaupt eine Amtspflicht, auch nicht bloss eine Amtspflicht der fraglichen Art, sondern gerade die durch den vorangegangenen Antrag oder die vorangegangene Verfügung, mit Einem Worte die durch das gegebene konkrete Objekt, durch das vorliegende subordinierte Rechtsverhältnis individualisierte Amtspflicht erfüllen zu wollen. Damit soll nicht geleugnet werden, dass das Bewusstsein von diesem eigentümlichen Pflichterfüllungs-Charakter der Handlung ein bald mehr, bald weniger klares sein kann; nur wo es gänzlich fehlt, ist es jedenfalls unmöglich, eine gültige Amtshandlung anzunehmen. Dagegen kommt es da, wo jene spezifische Pflichterfüllungs-Absicht vorhanden ist, wo also z. B. der handelnde Beamte wirklich eine Zustellungs- oder Pfändungshandlung, eine Zeugenvernehmung, eine Beurkundung, Beglaubigung u. s. w. vornehmen, und zwar in der für den konkreten Fall nach Lage der Umstände geforderten Weise vornehmen wollte, schlechterdings nicht darauf an, welche Vorstellung er sich dabei von der Natur seiner Handlung und insbesondere von irgendwelchen Rechtsfolgen gemacht hat, die sich — sei es im allgemeinen, sei es im besonderen einzelnen Falle — in Gemässheit des Gesetzes an die betreffende pflichtmässige Handlung knüpfen.

Ganz Ähnliches ist von den kaum minder zahlreichen Rechtsbethätigungshandlungen zu sagen, die den Zweck verfolgen, irgend

einen Rechtsanspruch geltend zu machen. Ich erinnere beispielsweise, um zunächst wiederum des Privatrechts zu gedenken, an die Einforderung einer Darlehns- oder Kaufschuld, an die Zurückforderung der verliehenen oder hinterlegten Sache, an die Kündigung eines Miet- oder Pachtkontrakts, an den Antritt einer Erbschaft oder die Annahme eines Vermächtnisses, an die Zurückweisung von rechtswidrigen Angriffen auf Person oder Eigentum u. s. w. Aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts gehören u. a. hierher: die Klage,[33]) die Verteidigung des Beklagten, überhaupt alle möglichen Prozessanträge, — die Strafanträge nicht nur des Verletzten, sondern auch aller andern Personen, denen dabei ein Recht auf motivierten Bescheid zusteht,[34]) — auf das Verwaltungsrecht sich gründende Anträge an Verwaltungsbehörden u. dgl. m.

Weitaus am seltensten sind jedenfalls solche Rechtsbethätigungshandlungen, die weder eine Rechtspflichten-Erfüllung oder die Geltendmachung von Rechtsansprüchen, noch auch eine Setzung subordinierter Rechtsnormen zum Zwecke haben. Ja, sofern man die „Setzung subordinierter Rechtsnormen“ und die „Geltendmachung von Rechtsansprüchen“ unsern im ersten Buche dieses Werks gegebenen Ausführungen entsprechend weit fasst, sofern man insbesondere bei den geltend zu machenden Ansprüchen auch an jene allgemeinen, zunächst überall nur bedingt auftretenden oder latenten Ansprüche denkt, wie sie uns in allen hypothetischen Rechtsnormen unmittelbar als Ansprüche der bezüglichen Rechtsgenossen entgegentreten (vgl. Bd. I, S. 317, Anm. 6), liegt die Frage nahe, ob nicht auf eine derartige besondere Rubrik ganz verzichtet werden darf. Ich bekenne offen, dass ich z. Z. nicht wage, ein ganz bestimmtes Urteil in dieser Hinsicht auszusprechen. Vor allem werden bei Beantwortung jener Frage zwei schon bisher

[33]) Die Civilklage, an die ich hier zunächst denke, erscheint sogar als Geltendmachung eines zwiefachen Rechtsanspruchs: des öffentlich-rechtlichen auf Staatshilfe einerseits, und des Privatrechtsanspruchs, der den konkreten Klagepunkt bildet, anderseits. Vgl. Kritik II, S. 205—210, sowie meine Abhandlung über „Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis“ in der Zeitschrift f. Strafrechtswissenschaft, Bd. X, S. 303—309.

[34]) Über das allgemeine Strafantragsrecht jedes Staatsgenossen s. Zeitschrift f. Strafrechtswissenschaft a. a. O., S. 281 ff., insbesondere S. 283; über den besonderen Rechtsanspruch des Verletzten ebendaselbst S. 284.

ob ihrer rechtlichen Natur ziemlich bestrittene Handlungen in Betracht kommen: Okkupation und Dereliktion. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese beiden Handlungen nicht bloss im Privatrechte, sondern auch im Völkerrechte eine Rolle spielen. Halten wir uns zuvörderst an die letztere oder m. a. W. an die Okkupation und Dereliktion ganzer Landgebiete, so ist leicht zu sehen, dass darin wirklich regelmässig Rechtssetzungshandlungen vorliegen: in dem einen Falle die Setzung einer Norm, welche das betreffende Landgebiet für den Okkupierenden in Anspruch nimmt, d. h. Achtung für seine Herrschaft in demselben sowohl von dessen Bewohnern, wie von den Aussenstehenden fordert; in dem andern Falle die Setzung einer Norm, durch welche jene Forderung aufgehoben, das Landgebiet wieder freigegeben wird. Ich habe früher eine Zeit lang der Ansicht zugeneigt, wesentlich dasselbe lasse sich auch für die privatrechtliche Okkupation und Dereliktion behaupten, in beiden lasse sich eine Setzung subordinierter Normen nachweisen. Heute gebe ich ohne weiteres zu, dass diese Schlussfolgerung in Betreff der Okkupation nicht zulässig ist. Dagegen steht m. E. nichts entgegen, die Okkupation als Geltendmachung jenes allgemeinen bedingten Eigentumsanspruchs, den das bürgerliche Recht jedem Privatrechtsgenossen für den Fall der Okkupation einer herrenlosen Sache zuerkennt, oder etwas anders ausgedrückt, als die mit Absicht herbeigeführte Auslösung der Bedingung zu kennzeichnen, durch deren Eintritt der vorher bloss bedingte allgemeine Anspruch des Privatrechtsgenossen zu einem unbedingten, besonderen, will sagen zum Eigentumsanspruch über eine bestimmte, vorher herrenlose Sache sich gestaltet. Denn auch der einfachste „animus rem sibi habendi“, wie ihn nicht nur die bisher herrschende Meinung, sondern auch deren entschiedenste Gegner bei der Okkupation verlangen, ist als ein rechtsbegründender immer nur denkbar unter der Voraussetzung, dass der Okkupierende in rechtsverbindlicher Weise alle andern Rechtsgenossen von der Herrschaft über die konkrete okkupierte Sache ausschliessen, also den durch das bürgerliche Recht jedem Okkupanten zugesicherten Anspruch auf Nichtstörung in der Herrschaft über eine okkupierte, vorher herrenlose Sache für sich geltend machen will. Das Bewusstsein von dieser Voraussetzung kann freilich in sehr verschiedener Klarheit

auftreten; namentlich ist nicht zu fordern, dass der Okkupierende befähigt sein müsse, die fragliche Voraussetzung oder die ihr entsprechende Absicht selbständig — ohne juristischen Beistand — richtig zu formulieren. Wo hingegen schlechthin jedes derartige Bewusstsein fehlt oder wo gar nachweislich ein entgegengesetztes, z. B. ein bestimmtes rechtwidriges Bewusstsein die fragliche Handlung bestimmt hat, da kann von einer wahren Rechtshandlung nicht die Rede sein; sofern in solchen Fällen überhaupt noch von einer Handlung zu sprechen ist, steht sie entweder auf wesentlich gleicher Stufe mit dem Verhalten rechtlich unzurechnungsfähiger Personen oder sie ist vielmehr als rechtswidrige Handlung zu bezeichnen. Und daran kann sogar die Thatsache nichts ändern, dass aus irgendwelchen praktischen Gründen das bürgerliche Recht an solche ohne jegliches Rechtsbewusstsein oder gar in rechtswidriger Absicht vorgenommene „Okkupationen“ die gleichen Rechtsfolgen knüpft, wie an die entsprechenden wahren Rechtshandlungen; der in der Sache selbst liegende tiefgehende Unterschied, der uns vom wissenschaftlichen Standpunkte aus hier allein interessiert, kann durch keine Gesetzgebung oder sonstwelche praktische Maassnahmen ausgemerzt werden. Die letzten Bemerkungen gelten aber unter allen Umständen auch von der Rechtshandlung der Dereliktion. Ohne den Willen des Derelinquenten, „dass die Sache nicht mehr zu seinen Sachen gehören solle“, d. h. ohne den Willen, auf den bisher ihm daran zustehenden Rechtsanspruch zu verzichten, giebt es gar keine wahre Dereliktion oder wenigstens keine Rechtshandlung, die diesen Titel verdiente. Ob in der Erklärung dieses Willens zugleich die Setzung einer verneinenden Norm zu erblicken ist, die speziell den Rechtsetzenden selbst zur Achtung fremder Handlungen an der aufgegebenen Sache verpflichten würde, mag hier dahingestellt bleiben. Für schlechthin unmöglich kann ich eine solche Auffassung der Dereliktion, wie überhaupt des einseitigen Rechtsverzichts um so weniger halten, als sie mir hinsichtlich des vertragsmässigen Verzichts geradezu geboten erscheint; aber ich lege anderseits gar keinen Wert darauf, die Annahme einer weiteren Rubrik von Rechtsbethätigungshandlungen neben den auf Erfüllung von Rechtspflichten und den auf Geltendmachung von Rechtsansprüchen gerichteten überflüssig

zu machen, nachdem ich in meinen vorausgehenden Ausführungen (in Nr. 4) selbst schon den Begriff der Rechtsbethätigungshandlung in einem so weiten Sinne aufgestellt habe, dass auch die fragliche besondere Rubrik bequem darunter Platz findet.

9. Nicht immer freilich liegt die in Nr. 8 aufgezeigte Wahrheit so deutlich und klar zu Tage, wie in den dort erörterten Beispielen; denn nicht immer vollzieht sich die Verfolgung eines Rechtszwecks durch eine einzige Handlung, in welcher dieser Zweck schon der Form nach unmittelbar heraustritt. Allein genauer besehen muss wesentlich das Gleiche auch für solche Handlungen gelten, die nur im Zusammenhange mit einer grösseren oder geringeren Zahl anderer Handlungen als Durchführung eines bestimmten Rechtszwecks erscheinen und bei denen ausserdem die Richtung auf einen anderen, nicht-juristischen Zweck überwiegt.

Fürs erste ist bezüglich des Handlungsbegriffs dieselbe Beobachtung zu machen, die wir früher bezüglich des Sachbegriffs gemacht haben (vgl. § 14, Nr. 7, Bd. I, S. 259 f.): Ob im konkreten Falle von einer einzigen, aus einer grösseren oder geringeren Zahl von Einzelakten oder Thätigkeiten sich zusammensetzenden Handlung, kurz gesagt, von einer Gesamthandlung zu reden ist oder vielmehr von einer Mehrheit von Handlungen, lässt sich niemals auf Grund irgendwelcher allgemeiner, wissenschaftlicher Erwägungen, sondern immer nur aus der Vorstellung der Beteiligten bezw. der Rechtsgenossen überhaupt heraus entscheiden. Auf der einen Seite stellt sich auch die einfachste Handlung, die für irgendwelche juristische Betrachtung, insbesondere auch als Erfüllung einer Rechtspflicht in Frage kommt, bei näherer Untersuchung als eine Verbindung verschiedener Thätigkeiten, also als etwas mehr oder weniger Zusammengesetztes dar; auf der andern Seite ist der Begriff des Zusammenhangs ein so relativer, dass man zwischen den Fällen, in denen man längst gewöhnt ist eine Handlungs-Einheit anzunehmen, und denjenigen Thätigkeits-Komplexen, die sich als Erfüllung je einer bestimmten, einheitlichen Rechtspflicht darstellen, höchstens einen quantitativen, keineswegs aber einen grundsätzlichen oder qualitativen Unterschied aufzufinden vermag. Im Grunde ist die letztere Thatsache auf gewissen Gebieten, z. B. bei der Werkverdingung und beim

Lieferungskaufe, schon durch die bisherige praktische Behandlung dieser Dinge stillschweigend anerkannt worden. Aber die Bedeutung dieser Thatsache reicht ungleich weiter. Namentlich ist die Anwendung auch im Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell auf Amtshandlungen zu machen und demgemäss jeder Inbegriff von Handlungen eines Beamten oder einer Behörde, durch welche insgesamt nur Eine bestimmte Aufgabe erledigt, nur eine einzige konkrete Pflicht erfüllt wird, gleichfalls als eine Gesamthandlung aufzufassen. Dass nun unter den gegebenen Voraussetzungen die Gesamthandlung jedenfalls als Rechtshandlung, weil eben als Pflichterfüllungshandlung zu bezeichnen ist, wird keiner weiteren Begründung bedürfen. Eine ganz andere Frage ist es, ob und inwieweit die in einer solchen Gesamthandlung begriffenen Einzelakte oder Teilhandlungen auch für sich allein schon als Rechtshandlungen anzusehen sind. Ich möchte diese Frage nur bejahen, wenn und soweit die Teilhandlungen entweder je für sich allein schon ausgesprochenermaassen einen bestimmten Rechtszweck verfolgen oder doch mindestens für die Erreichung des rechtlichen Gesamtzwecks wesentliche, rechtlich unentbehrliche Bestandteile der Gesamthandlung abgeben. Es wird schwerlich jemand einfallen, die zahllosen Einzelakte oder Handlungen, aus denen sich beispielsweise die vertragsmässig übernommene Herstellung eines Kunstwerks, die Aufführung eines Gebäudes, der Transport von Personen oder Sachen an einen bestimmten Ort, die Anfertigung eines Schriftstücks oder wissenschaftlichen Werks, die Aufbewahrung von Wertgegenständen, die Verwaltung eines fremden Grundstücks u. s. w. zusammensetzt, allgemeinhin als Rechtshandlungen zu betrachten; auch dann nicht, wenn das aus einer grösseren oder geringeren Zahl solcher Handlungen sich ergebende Ganze zweifellos einem bestimmten Rechtszwecke, insbesondere zur Erfüllung einer bestimmten Rechtspflicht dienen soll und gerade mit Rücksicht hierauf die fragliche Gesamthandlung als eine Rechtshandlung aufzufassen ist. Ganz anders liegt die Sache bei gewissen anderen Gesamthandlungen. Fassen wir z. B. die Beweisaufnahme in einem Strafprozesse ins Auge, deren Auffassung als Gesamthandlung schon durch diejenigen Vorschriften unsers positiven Rechts unmittelbar nahegelegt wird,

welche die ununterbrochene Durchführung der Hauptverhandlung bis zu dem im Anschluss daran zu erlassenden Urteile fordern. Der Zweck des letzteren ist eine Rechtssetzung, und darum werden wir von ihm später bei der Lehre von den einseitigen Rechtsgeschäften noch besonders zu handeln haben; der erwähnte Gesamtzweck der Beweisaufnahme hingegen ist nicht Rechtssetzung, sondern pflichtmässige, in Ausführung des Eröffnungsbeschlusses und etwaiger maassgebender Parteianträge zu bewirkende Beschaffung einer zuverlässigen Grundlage für die im Urteile nachfolgende Rechtssetzung. Dies hindert keineswegs, dass die Einzelakte, aus denen sich die Beweisaufnahme zusammensetzt, teilweise auch Rechtssetzungshandlungen (Entscheidungen des Gerichts oder Verfügungen des Vorsitzenden) sind. Anderseits sind aber auch die sonstigen darin vorkommenden Einzelakte in ausgedehntestem Maasse Rechtshandlungen und zwar von der verschiedensten Art: so die Anträge der Parteien, die schon um ihrer besonderen Natur willen, nämlich als Geltendmachung eigentümlicher Parteienrechte stets als relativ selbständige Rechtsbethätigungshandlungen gelten müssen (vgl. oben Nr. 8), gleichwie auch die auf ganz demselben Boden stehende direkte Befragung oder vollständige Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen u. s. w. durch die Parteien selbst; so die in Ausführung der Partei-Anträge oder der daraufhin ergangenen Entscheidungen pflichtgemäss vorzunehmenden richterlichen Handlungen, desgleichen überhaupt alle in Gemässheit des Eröffnungsbeschlusses, der Beweismittelliste u. s. w. erforderlichen Beweishandlungen. Innerhalb jeder einzelnen Beweishandlung gehören ferner hierher mindestens alle vom Gesetze besonders geforderten Stücke, eben um dieser gesetzlichen Forderung willen, wie z. B. bei jeder Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung die Stellung der sogen. Generalfragen. Man wird jedoch noch weiter gehen müssen. Auch jede auf die Untersuchungssache selbst bezügliche Frage des leitenden Richters, mag sie sich auch inhaltlich im konkreten Falle als völlig überflüssig oder unzweckmässig darstellen, erscheint in gewisser Hinsicht als Rechtshandlung: nämlich sofern sie einesteils Erfüllung einer richterlichen Pflicht, andernteils Geltendmachung des staatlichen Anspruchs auf Gehorsam (in diesem Falle auf Abgabe des Zeugnisses oder Gutachtens) zum

Zwecke hat. Wo jene Absicht der Pflichterfüllung gänzlich fehlte, da würde die Frage rechtlich unzulässig sein; wo die Absicht, den staatlichen Gehorsamsanspruch geltend zu machen, nicht vorhanden wäre, da würde die Frage den Gefragten nicht zur Antwort verpflichten. Aus gleichem Grunde ist auch jede Antwort auf eine vom Richter oder von einer Partei in Gemässheit ihres Parteirechts gestellte Frage insoweit Rechtshandlung, als sie Erfüllung der betreffenden Zeugnis- oder Sachverständigenpflicht sein will; der Mangel jeglichen Bewusstseins hiervon, sei es wegen völlig mangelnden Verständnisses für solche Dinge überhaupt, sei es wegen ungenügender richterlicher Belehrung darüber, müsste die Rechtsfolgen pflichtwidriger Beantwortung notwendig ausschliessen.

Die letzten Bemerkungen weisen uns bereits auf eine zweite Beobachtung hin, in welcher uns wiederum eine Analogie entgegentritt zu früher erörterten Dingen, nämlich zu dem, was wir in § 12, Nr. 2 (Bd. I, S. 187 ff., insbesondere 191) über die Begriffe „Rechtsverhältnis“ und „Lebensverhältnis“ ausgeführt haben. Gleichwie wir dort uns vergegenwärtigt haben, dass es nicht bloss zahllose Lebensverhältnisse giebt, die in keiner Weise Rechtsverhältnisse sind, sondern auch sehr viele Lebensverhältnisse, die nur nach einer bestimmten Richtung hin, nämlich nur soweit sie Rechtsansprüche und Rechtspflichten zum Inhalte haben, als Rechtsverhältnisse sich charakterisieren, so giebt es auch nicht bloss zahllose Handlungen, die gar nicht Rechtshandlungen sind,[35]

[35]) Es ist vielleicht nicht ganz unnütz, auch in dieser Beziehung, die wir keine Veranlassung haben im Texte selbst näher zu erörtern, doch beiläufig den Vergleich von „Handlung und Rechtshandlung“ mit „Lebensverhältnis und Rechtsverhältnis“ noch etwas weiter fortzuführen. Zuvörderst ist zu konstatieren: Gleichwie es kein Rechtsverhältnis einer Person zu sich selber giebt, so auch keine Rechtshandlung, die sich bloss auf den Handelnden selbst bezöge. Nicht nur alle rein innerlichen Thätigkeiten, die wir im engern Sinne überhaupt nicht Handlungen nennen, sondern auch alle in die äussere Erscheinung tretenden Handlungen, die wir nur an unserm Körper — ohne jede Beziehung auf die sonstige Aussenwelt — vornehmen, sind ebendarum schon niemals Rechtshandlungen. Das Gleiche gilt aber ferner auch von allen Handlungen, die wir ausschliesslich an Sachen, ohne jede Beziehung auf andere Personen vornehmen. Denn wo jede Beziehung auf andere Personen fehlt, da kann auch der Zweck der Handlung weder Pflichterfüllung noch Geltendmachung von Rechtsansprüchen, noch sonst-

sondern nicht minder solche, die nur nach einer bestimmten Seite hin als Rechtshandlungen gekennzeichnet werden dürfen und müssen. Ja, in Wahrheit gilt dies sogar von weitaus den meisten Handlungen, die überhaupt als Rechtshandlungen in Frage kommen. Nur die wenigsten Rechtshandlungen sind ausschliesslich Rechtshandlungen; die grosse Mehrzahl verfolgt ausser dem Rechtszwecke, der sie zu Rechtshandlungen macht, noch andere Zwecke, sehr häufig diese anderen Zwecke in erster Linie. Dies gilt sogar von zahlreichen Rechtsetzungshandlungen, insbesondere von denen, die uns in Privatrechtsgeschäften entgegentreten. So steht bei all den Geschäften, die Lenel in seiner schon berührten Abhandlung (vgl. oben Nr. 6, Anm. 26) näher besprochen hat, in der That die wirtschaftliche Seite für die Handelnden selbst regelmässig im Vordergrunde; der Fehler Lenels besteht nur darin, dass er die für den Begriff der Rechtshandlung nicht minder erforderliche rechtliche Absicht für völlig überflüssig erachtet. In noch erhöhtem Maasse pflegt diese rechtliche Absicht bei den Pflichterfüllungshandlungen vor dem wirtschaftlichen, ethischen oder sozialen Zwecke zurückzutreten; umsomehr, als bei einem grossen Teile dieser Handlungen die Rechtsfolgen rein negativ und eben darum begreiflicherweise für die ohne jede rechtliche Absicht vorgenommenen Handlungen, die objektiv einer zu erfüllenden Rechtspflicht entsprechen, ganz die gleichen sind, wie für die mit der Absicht der Pflichterfüllung ausgeführten. Ob z. B. ein Hausbesitzer den Bürgersteig vor seinem Grundstück bei Glatteis mit Sand bestreut um eines Polizeigebots willen oder ohne jede Kenntnis von solchem aus reiner Menschlichkeit oder auch aus blosser Besorgnis um seine eigene Person, — ob ein Familienvater seine Kinder impfen lässt, um der gesetzlichen Ver-

---

welche Begründung, Auflösung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen sein. Nur in Einer Hinsicht führt unsere Vergleichung zu einem etwas abweichenden Resultate. Während nämlich Lebensverhältnisse zwischen mehreren Personen, die nicht irgendwie zugleich Rechtsverhältnisse wären, schliesslich nur unter der Voraussetzung anzunehmen sind, dass man — dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entgegen — den Ausdruck „Lebensverhältnis“ einfach mit „Verhältnis“ schlechtweg identifiziert (vgl. Bd. I, S. 191), kennen wir zweifellos sehr viele Handlungen von Person zu Person, die durchaus nicht Rechtshandlungen sind.

pflichtung zu genügen oder ausschliesslich aus Gesundheitsrücksichten, — das kommt rücksichtlich der Rechtsfolgen gewöhnlich ganz auf eins hinaus. Ebensowenig Gewicht wird man in der Regel darauf zu legen haben, ob ein Geistlicher bestimmte gottesdienstliche Handlungen mit irgendwelcher rechtlichen Absicht, ja überhaupt nur mit Kenntnis der rechtlichen Bedeutung der von ihm gebrauchten Agende vollzieht oder nicht. Allein aus alledem folgt keineswegs, dass es in den erwähnten Fällen auf das Merkmal der rechtlichen Absicht gar nicht ankomme. Eine Handlung, die ohne rechtliche Absicht vorgenommen wurde, ist und bleibt unter allen Umständen eine in einem juristisch wesentlichen Punkte anders geartete, als die mit rechtlicher Absicht vorgenommene; keine Macht der Welt ist im stande, sie in eine Handlung der zweiten Art umzuwandeln. Wohl mögen Gesetzgebung oder Wissenschaft Handlungen ohne Rechtsabsicht mit den Rechtshandlungen in ausgedehntestem Maasse auf ein und dieselbe Stufe stellen, indem sie erstere nach dem Vorbilde der letzteren behandelt wissen wollen; der grundsätzliche Unterschied bleibt auch bestehen, wo er durch eine mehr oder minder weit reichende Gleichbehandlung verdeckt wird. Man würde sich auch täuschen, wenn man denselben für einen jedenfalls rein theoretischen erachten wollte. Vielmehr kann er selbst in Fällen, wo anscheinend die beiden Arten von Handlungen als mit völlig gleichen Rechtsfolgen ausgestattete und demgemäss auch als völlig gleich zu behandelnde sich darstellen, wie z. B. in den oben vorgeführten Beispielen, unter besonderen Umständen doch hervorragende praktische Bedeutung gewinnen: so insbesondere, wenn der Beweis eines Gewohnheitsrechts auf Grund derartiger Handlungen in Frage steht. Es wird im vierten Abschnitte dieses Buches zu zeigen sein, dass hierbei nur wahre Rechtshandlungen in Betracht kommen können.

10. So entschieden wir in den vorausgehenden Erörterungen (Nr. 6—9) die Rechtsabsicht des Handelnden — den auf einen Rechtszweck gerichteten Willen — als notwendige Voraussetzung jeder wahren Rechtshandlung betont haben, so nachdrücklich müssen wir zugleich auf das zweite, schon in Nr. 2 a. E. erwähnte und dann in Nr. 5, II speziell hervorgehobene Erfordernis hinweisen: die Rechtsabsicht muss durch die betreffende Handlung

auch wirklich zum Ausdruck kommen, sie muss sich in ihr gleichsam verkörpern. Etwas anders ausgedrückt: eine Handlung ist im wahren Sinne nur dann eine Rechtshandlung, wenn sie nicht bloss irgendwie Folge einer gewissen Rechtsabsicht, sondern auch deren Darstellung oder Verwirklichung bildet.

Im grossen und ganzen dürfte allerdings bezüglich dieses zweiten Erfordernisses viel mehr Übereinstimmung bestehen, als bezüglich des ersten. Dass das blosse Hinblicken auf eine Sache in der Absicht, sie sich anzueignen, noch keine Okkupationshandlung, überhaupt noch keine Rechtshandlung ist, — dass der zum Zwecke eines Kaufangebots niedergeschriebene, aber aus Vergesslichkeit nicht abgesendete Brief, auch wenn er zufällig in die Hände des Adressaten gelangen sollte, keine wahre Offerte darstellt, — dass das Einpacken und Versiegeln einer Summe Geldes in der Meinung und Absicht, hiermit unmittelbar eine bestimmte Verbindlichkeit zu erfüllen, als keine wirkliche Zahlung gelten kann, selbst dann nicht, wenn der Gläubiger durch Eigenmacht oder Zufall in den Besitz jenes Geldes kommt, — all das wird jedermann ohne weiteres zugeben. Aber ebenso gewiss ist damit keineswegs schon die Frage beantwortet: Was kennzeichnet denn in jedem einzelnen Falle eine Handlung als Realisierung oder Darstellung einer bestimmten Rechtsabsicht?

Offenbar kommt bei Beantwortung dieser Frage ein doppelter Standpunkt in Betracht: einmal der rein subjektive des Handelnden selbst; andernteils ein objektiver, die Anschauung irgendwelcher anderer Personen, namentlich der Rechtsgenossen. Doch handelt es sich hier nicht etwa um ein Entweder—Oder. Vielmehr folgt schon aus unsern bisherigen Erörterungen, dass nur eine solche Antwort auf unsre Frage als zureichend gelten darf, die beiden Standpunkten gleichzeitig gerecht wird.

Die in Nr. 6—9 vorausgeschickten Ausführungen hätten überhaupt gar keinen Sinn, wenn sie nicht durchweg von der Voraussetzung begleitet gewesen wären, dass der Handelnde nicht bloss bei Vornahme einer gewissen Rechtshandlung eine bestimmte Rechtsabsicht irgendwie haben, sondern auch diese Rechtsabsicht als in seiner Handlung zum Ausdruck gebracht oder m. a. W.

die Handlung als Verwirklichung seiner Rechtsabsicht ansehen muss. Wo diese letztere Anschauung und damit das notwendige Band zwischen Rechtsabsicht und Handlung fehlt, da kann nach unsrer Auffassung auch niemals eine wahre Rechtshandlung angenommen werden. Wohl mag das betreffende positive Recht, dessen entgegenkommende oder hinzutretende Sanktion wir bei allen diesen Erörterungen als drittes und letztes Erfordernis jeder Rechtshandlung voraussetzen (vgl. oben Nr. 2 a. E., Nr. 3 und nachher Nr. 11), neben den wahren Rechtshandlungen in unserm Sinne auch noch andern Handlungen und darunter namentlich solchen, die nach der allgemeinen Anschauung eines Volks oder eines sonstigen Kreises von Rechtsgenossen als klarer Ausdruck einer bestimmten Rechtsabsicht gelten, eine völlig gleichartige Anerkennung oder, richtiger gesagt, die völlig gleichen Rechtsfolgen zu Teil werden lassen. Ja, es ist ganz gut denkbar und sogar für gewisse Kulturstufen, wie es scheint, das Gewöhnliche, dass der Eintritt der Rechtsfolgen ausschliesslich von der äusseren Gestaltung der Genossen-Handlungen, also ausschliesslich von der Beobachtung einer bestimmten äusseren Form oder von der buchstäblichen Bedeutung der gebrauchten Worte abhängt, jedes Zurückgehen auf die subjektive Absicht des Handelnden behufs Beurteilung der Rechtsfolgen mithin ebenso überflüssig als unzulässig erscheint. In dem letzteren Falle ist freilich unser Rechtshandlungs-Begriff — als Begriff — dem betreffenden positiven Rechte fremd. Allein der Sache nach, als ein wirksames aber noch unerkanntes Fundamentstück des Rechtslebens, ist er auch hier schon vorhanden. Selbst der strengste Rechts-Formalismus, wie ihn das altrömische und in noch höherem Grade vielleicht das altdeutsche und altfranzösische Recht kennen, ist schliesslich psychologisch nur verständlich unter der Bedingung, dass Inhalt und Form, Wille und Willensäusserung, in normalen Fällen übereinstimmen; einer Bedingung, die überdies jene Jugendperiode der Völker, in welcher Worte und Formen überhaupt durch ihre plastische und ausdrucksvolle Gestaltung sich auszeichnen, in viel ausgedehnterem Maasse erfüllt sieht, als die Zeit der späteren Entwickelung, wo eine verhältnismässig beschränkte Zahl abgeblasster Ausdrucksformen der unabsehbaren Fülle geistigen

Materials nur noch dadurch zu genügen vermag, dass dieselben Formen, Worte, Zeichen je nach den Umständen in verschiedenem Sinne gebraucht werden.[36]) In jenen normalen Fällen liegen also der Sache nach überall Rechtshandlungen in unserm Sinne vor; es fehlt bloss mehr oder minder an dem Bewusstsein des Unterschiedes zwischen ihnen und den um ihrer äusseren Form willen vom Rechte gleichbehandelten, aber jener inneren Übereinstimmung zwischen Wille und Äusserung entbehrenden Handlungen.[37]) Um wie viel mehr muss unser Rechtshandlungs-

[36]) Es ist für die Volksanschauung, und so auch für die Rechtsanschauung, auf jenen früheren Entwickelungsstufen geradezu selbstverständlich, dass ein Volksgenosse, der sich bestimmter Worte oder Zeichen bedient, damit auch den bestimmten Sinn verbinden will, den überhaupt alle regelmässig damit verbinden. Und darum erscheint der uns so seltsam anmutende rigorose Formalismus, der den Rechten aus jener Periode der Völkergeschichte eignet, genauer betrachtet, als etwas ganz Natürliches; erst in den späteren Perioden der Rechtsgeschichte, wo das Festhalten an den hergebrachten Formen in Widerspruch tritt mit der gewaltigen Wandelung, die sich inzwischen auf dem ganzen Gebiete des Denkens und der Sprache vollzogen hat, wo demgemäss die erörterte Voraussetzung der vollen Übereinstimmung von Gedanken und Ausdruck nicht mehr — oder doch wenigstens nicht so allgemein mehr — zutrifft, da wirkt der Formalismus allmählich wie eine drückende Last. Allerdings ist zuzugeben, dass mit dem „Hängen an Wort und Form" sofort auch die Möglichkeit gegeben ist, die genaue Kenntnis beider und umgekehrt die Unkenntnis anderer in diesen Dingen zu allen möglichen egoistischen Zwecken auszunutzen, und ein solcher Missbrauch teils seitens Einzelner, teils seitens ganzer Stände, ist uns oft schon sehr früh und in ausgedehntestem Maasse bezeugt. Wir dürfen sogar annehmen, dass die Anfänge einer Rechtswissenschaft oder besser gesagt einer berufsmässigen Sammlung und Bearbeitung von Rechtsvorschriften — wenn nicht immer, so doch häufig — in erster Linie aus dem Bedürfnis hervorgegangen sind, derartigen Sonderinteressen zu dienen oder umgekehrt derartigen Missbräuchen möglichst zu begegnen; nicht selten erscheinen darin auch beide Tendenzen vereint. Allein aus solchen Thatsachen zu folgern, dass „Wort und Form" überhaupt nicht dem Ausdruck des wirklichen Willens des Handelnden dienen sollten, wäre ganz ebenso verkehrt, wie wenn man in der witzigen Bemerkung Talleyrands, dass die Sprache dazu da sei, um die Gedanken zu verbergen, eine Entdeckung über den Ursprung der Sprache erblicken wollte.

[37]) Vollständig fehlt übrigens dieses Bewusstsein wohl selbst in den vorher besprochenen Jugendperioden des Rechtes nicht. Wenn nirgends sonst, so tritt es doch in der Thatsache heraus, dass auch schon die ältesten uns

begriff — nicht nur rein wissenschaftlich, sondern auch zugleich praktisch — da gerechtfertigt erscheinen, wo eine positive Rechtsordnung die hervorragende Bedeutung des Willens selbst und die Notwendigkeit der Übereinstimmung zwischen ihm und seiner Äusserung im allgemeinen offen anerkennt und als Regel proklamiert.[38]) Wie gross dann die Zahl der Ausnahmefälle ist, in denen dieselbe Rechtsordnung gewisse Nicht-Rechtshandlungen gleichwie Rechtshandlungen behandelt wissen will, darauf kann es unmöglich ankommen.

Allein in unsern bisherigen Ausführungen ist doch auch bereits das andere zugegeben: die blosse subjektive Anschauung des Handelnden selbst, seine blosse subjektive Überzeugung, dass sein wirklicher Wille in seiner Handlung zur Darstellung gelangt sei, oder was dasselbe besagt, das blosse Wollen der Handlung selbst als Verwirklichung eines gewissen Rechtszwecks kann für sich allein nicht genügen, um diese Handlung auch äusserlich — objektiv — als eine auf jenen bestimmten Rechtszweck

bekannten Rechte regelmässig Kinder und Geisteskranke als unfähig zur Vornahme von allen solchen Handlungen betrachten, bei denen es auf den Gebrauch gewisser Rechtsformeln ankommt. Läge dem Gebrauche dieser Rechtsformeln nicht stillschweigend der Gedanke zu Grunde, dass der sie Gebrauchende damit einen bestimmten, in der Formel zum Ausdruck gelangenden Rechtszweck verfolgt, also einen bestimmten Willen damit verbindet, so wäre gar kein Grund vorhanden, eine solche Thätigkeit von Kindern und Geisteskranken auszuschliessen und gleichmässig durch Handlungen der Vormünder zu ersetzen, anstatt letztere bloss neben den ersteren — ähnlich wie den Kurator neben dem Minorennen — thätig werden zu lassen. Der neuerdings öfter citierte Ausspruch Thon's (Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 364), „es gehe beim Rechtsgeschäft wie im Märchen: nur wer das Zauberwort kenne, vermöge den Geist zu rufen, — aber auch der, welcher dies unvorsichtig thue oder ohne Kenntnis der Wirkung, bringe den Geist zum Erscheinen", trifft mithin nicht einmal für jene Rechte wahrhaft zu, deren Formalismus gewissermaassen sprichwörtlich geworden ist.

[38]) Dass das spätere römische Recht und unser heutiges gemeines Recht auf diesem Standpunkte stehen, scheint mir zweifellos. Bezüglich des römischen Rechts verweise ich insbesondere auf Enneccerus a. O., S. 107—140, dessen Ausführungen ich mich fast durchweg einfach anschliessen kann. Im übrigen gehört diese Frage, als eine rein positivrechtliche, und darum auch eine nähere Begründung der von mir darüber ausgesprochenen Ansicht nicht in die juristische Prinzipienlehre.

gerichtete Handlung erscheinen zu lassen. Vielmehr gehört hierzu eine solche Beschaffenheit der äusseren Handlung, dass daraus der Wille, der durch sie realisiert werden soll, von andern gleichfalls erkannt werden kann. Weil der Aneignungswille nicht schon aus einem blossen Hinblicken, der Wille, eine Leistung anzubieten oder zu versprechen nicht schon aus dem unabgesandten Briefe, der Zahlungswille nicht aus dem blossen Einpacken und Versiegeln des Geldes erkannt werden kann, vermochten wir in allen diesen Fällen keine Rechtshandlungen — oder wenigstens keine zum Abschluss gekommenen Rechtshandlungen — anzunehmen.

So wenig indessen die Notwendigkeit einer solchen objektiven Erkennbarkeit des Rechtswillens als ein thatsächlich für alle Rechtshandlungen unumgängliches Erfordernis beanstandet werden dürfte, so gewiss drängt sich uns hierbei sofort die zwiefache Frage auf: Was ist der eigentliche Grund zur Aufstellung dieses Erfordernisses? Und was ist danach als Maassstab der Erkennbarkeit anzusehen?

Die Beantwortung dieser beiden Fragen hängt augenscheinlich eng zusammen mit dem noch näher zu erörternden, aber doch bereits mehrfach berührten dritten Erfordernisse jeder Rechtshandlung: mit der Sanktion des von ihr verfolgten Rechtszwecks durch die Rechtsordnung oder, richtiger gesagt, durch die Anerkennung der Rechtsgenossen. Die objektive Darstellung des Rechtszwecks in der äusseren Handlung und die dadurch bedingte Erkennbarkeit der darauf gerichteten Absicht für andere Personen bildet die unentbehrliche Vermittelung zwischen dieser subjektiven Rechtsabsicht und der ihr entsprechenden Anschauung des Handelnden selbst und jener Sanktion des Rechtszwecks, ohne welche die fragliche Handlung niemals für eine Rechtshandlung im wahren, vollen Sinne des Worts gelten kann. Es wird sich daher empfehlen, vor allem das gedachte dritte Erfordernis genauer ins Auge zu fassen und erst nach dessen Erledigung die Frage nach der objektiven Erkennbarkeit des mit einer Handlung verfolgten Rechtszwecks wieder aufzunehmen.

11. Die Notwendigkeit irgendwelcher „rechtlichen Sanktion“, wie wir das dritte und letzte Erfordernis der Rechtshandlung kurzweg bezeichnen wollen, kann — schon nach dem, was wir in

Nr. 2 und 3 darüber zu bemerken hatten, — im allgemeinen schwerlich einem Zweifel unterliegen. Fraglicher mag es sein, ob die genauere Formulierung der „rechtlichen Sanktion", die wir uns dort bereits vorzunehmen erlaubt haben, nicht in mehrfacher Hinsicht der Rechtfertigung, vielleicht auch der Verbesserung oder mindestens Erläuterung bedarf. Insbesondere sind es drei Punkte, bezüglich deren ich von den verschiedensten Seiten Anfechtungen erwarte und darum auch die Verteidigung, soweit möglich, vorausnehmen möchte:

I. dass wir die „rechtliche Sanktion" ausschliesslich in die Sanktion des Rechtszwecks setzen;

II. dass wir sie überall zurückführen auf die Anerkennung der Rechtsgenossen;

III. dass wir darunter nicht bloss die im voraus durch ein bereits in anerkannter Geltung stehendes Recht erteilte Sanktion begreifen, sondern auch die erst nachträglich mit unmittelbarer Beziehung auf eine mit Rechtszweck-Absicht vollzogene Handlung erfolgte.

12. Mit dem Ausdruck „rechtliche Sanktion" wird häufig der Gedanke an gewisse Folgen, namentlich Straffolgen, die irgend eine Rechtsordnung an die Übertretung der rechtlich sanktionierten Vorschriften knüpft, so eng verbunden, dass diese Rechtsfolgen geradezu als wesentliche Merkmale des Begriffs der rechtlichen Sanktion erscheinen. Vom Standpunkte der sogen. Zwangstheorien aus, m. a. W. für alle, die andere Rechtsnormen als solche, hinter denen ein bestimmter äusserer Macht-Apparat steht, gar nicht kennen, ist diese Auffassung auch ganz natürlich. Nach allem dagegen, was wir selbst über das Wesen des Rechts ausgeführt, desgleichen nach dem, was wir in Nr. 8 über den wesentlichen Inhalt der zu jeder Rechtshandlung erforderlichen Rechtsabsicht bemerkt haben, liegt es nicht minder auf der Hand, dass wir bei dem Ausdrucke „rechtliche Sanktion" zunächst gar nicht an irgendwelche Rechtsfolgen, sondern einfach an die Äusserung eines für uns oder andere verbindlichen Willens denken. Gleichwie die Sanktion eines Gesetzes durch den Gesetzgeber an und für sich nichts anderes ist, als die Er-

klärung seines Willens, dass das und das als Gesetz gelten solle, so verstehen wir auch unter der rechtlichen Sanktion einer Rechtshandlung zunächst nichts anderes, als einen Ausdruck des Willens der Rechtsordnung: die fragliche Handlung oder vielmehr der mit ihr verfolgte Rechtszweck soll gelten! Das will sagen: die mit der Handlung erstrebte Erfüllung einer Rechtspflicht soll als solche anerkannt sein; der geltend gemachte Anspruch soll von denen, die es angeht, erfüllt werden; die bezweckte Rechtssetzung soll gelten und demgemäss alle, für die sie erfolgte, verpflichten. Ob und welche Rechtsfolgen sonst damit verbunden sind, ist eine Frage für sich.

Sofern man nun nicht voreilige Schlussfolgerungen zu fürchten hat, steht nichts entgegen, in allen solchen Fällen kurzweg von einer Sanktion der auf jene Rechtszwecke gerichteten Handlungen zu reden, die eben durch diese Sanktion erst zu Rechtshandlungen werden. Aber genauer betrachtet ist es doch niemals die Handlung im ganzen, welche hierbei sanktioniert wird, sondern streng genommen, wie wir schon oben bemerkten, immer nur der mit der Handlung verfolgte Rechtszweck. Wo die Form der Handlung eine rechtlich irrelevante ist, wie bei allen sogenannten formlosen Rechtsgeschäften, da wird dies auch schwerlich in Abrede gestellt werden. Es gilt aber auch von streng formellen Rechtshandlungen: durch eine positive Rechtsvorschrift, die zur Gültigkeit gewisser Rechtshandlungen, z. B. einer Testamentserrichtung, die Beobachtung besonderer Formen verlangt, wird nicht neben dem Rechtszweck, also in dem gegebenen Beispiele neben dem ausgesprochenen Willen des Testators, auch noch obendrein die Form der Handlung als gültig und wirksam gesetzt, sondern die Sanktion bezieht sich auch hier ausschliesslich auf den Rechtszweck. Der wirkliche Unterschied zwischen den beiden Fällen besteht einzig darin, dass in dem ersteren die Sanktion für jeden Rechtszweck von einem bestimmten Inhalte erteilt ist, während sie im letzteren an die Bedingung geknüpft erscheint, dass der fragliche Inhalt ausserdem noch in einer bestimmten Form zur Darstellung gebracht sei. Auch ist das Motiv für die Aufstellung derartiger Bedingungen, soweit überhaupt von der bemerkten Aufstellung die Rede sein kann, nicht sowohl

ein besonderes Wohlgefallen an den betreffenden Formen, als vielmehr das Gefühl, dass die Verfolgung solcher Rechtszwecke nur dann mit Sicherheit als eine ernstlich gemeinte anzusehen sei, wenn sie sich nicht in beliebiger, sondern in bestimmter, herkömmlicher Form vollzieht.

Von selbst versteht sich ferner, dass unter der von uns geforderten „Sanktion des Rechtszwecks“ grossenteils nicht an eine Sanktion des mit der Handlung verfolgten konkreten Rechtszwecks, sondern nur an die Sanktion des allgemeinen, abstrakten Rechtszwecks zu denken ist, welchem jener konkrete zu subsumieren ist. Gar mancher wird vielleicht geneigt sein, dies nicht bloss grossenteils, sondern ganz allgemeinhin anzunehmen. Hiergegen muss ich mich jedoch mit Entschiedenheit verwahren; die Fälle, in denen der bestimmte Rechtszweck, auf den eine Rechtshandlung sich richtet, nicht nur in Gestalt eines allgemeineren, abstrakten Rechtszwecks, sondern unmittelbar als konkreter Rechtszweck sanktioniert erscheint, sind sogar in Wirklichkeit häufiger, als man gewöhnlich denkt. Dass die einer Handlung erst nachfolgende Sanktion regelmässig auf den ganzen, konkret bestimmten Rechtszweck, der mit dieser Handlung verfolgt wurde, oder doch — was für die gegenwärtige Betrachtung auf dasselbe hinausläuft — auf einen konkret bestimmten Teilzweck sich bezieht, liegt in der Natur der Sache. Aber auch die der Rechtshandlung vorausgegangene Sanktion betrifft gar nicht selten schon einen konkret bestimmten Rechtszweck. So ist die Erfüllung einer Rechtspflicht, sofern solche sofort als eine konkrete gesetzt war, bereits mit deren Setzung ebenfalls als konkreter Rechtszweck sanktioniert; und ganz das gleiche gilt von der Geltendmachung sofort konkret bestimmter Rechtsansprüche.

Eine eigentümliche praktische Bedeutung gewinnt die von uns hervorgehobene Thatsache, dass niemals die Handlung im ganzen, sondern immer nur der — abstrakt oder konkret bestimmte — Rechtszweck als sanktioniert anzusehen sei, vor allem bei solchen Handlungen, die auf der einen Seite als Rechtshandlungen, auf der andern als rechtswidrige oder wenigstens unsittliche Handlungen sich darstellen. Der scheinbare Widerspruch, der hier der Bezeichnung der Handlungen als Rechtshandlungen anhaftet, löst

sich durch die Erkenntnis, dass durch ein und dieselbe Handlung höchst verschiedene Zwecke verfolgt werden können, von denen der eine zweifellos als Rechtszweck sanktioniert, der andere vielmehr rechtlich verboten oder doch sicherlich nicht vom Rechte gebilligt ist.

13. Jede „rechtliche Sanktion" ist zurückzuführen auf eine „Anerkennung der Rechtsgenossen".[39]) Damit soll nicht gesagt sein, dass „rechtliche Sanktion" und „Rechtsgenossen-Anerkennung" stets als zwei gesonderte Thatsachen, wie Wirkung und Ursache, aufzufassen seien. Die Sanktion kann vielmehr auch unmittelbar in der Anerkennung der Rechtsgenossen — und in gar nichts weiter — bestehen; so namentlich bei jeder Sanktion, die sich im Wege des Gewohnheitsrechts vollzogen hat. Nur auf das Eine kommt es uns an: die Anerkennung der Rechtsgenossen als das konstituierende Moment aller Arten rechtlicher Sanktion zu erkennen. Negativ ausgedrückt: keine Sanktion eines Rechtszwecks oder einer Rechtsnorm ohne die Grundvoraussetzung der Rechtsgenossen-Anerkennung.

Die eingehende Erläuterung und der vorläufige Beweis dieser unserer Ansicht ist in der Hauptsache bereits in den Ausführungen des ersten Buches, insbesondere in den Erörterungen des § 3 über den Rechtsbegriff (Bd. I, S. 40—53) gegeben. Denn wie ebenfalls schon aus unsern früheren Ausführungen und namentlich aus unsren Bemerkungen über den Inhalt jeder rechtlichen Sanktion in Nr. 12 folgt, kann darüber gar kein Zweifel sein, dass „Sanktion eines Rechtszwecks" und „Sanktion einer Rechtsnorm" der

---

[39]) Wenn ich hier und im Folgenden kurzweg von „Anerkennung der Rechtsgenossen" rede, so verstehe ich darunter niemals bloss irgendwelche „Anerkennung von Genossen einer Rechtsgemeinschaft", sondern immer nur eine Anerkennung von der bestimmten Art, die ich an anderer Stelle bereits als Rechtsanerkennung charakterisiert habe, oder m. a. W. eine Anerkennung von Normen als Gemeinschaftsnormen (zur Regelung des Zusammenlebens) und zwar von Genossen gegenüber Genossen (als Anspruch und Pflicht). Im Grunde sollte dies freilich gar keiner besonderen Bemerkung bedürfen, da ich denselben abkürzenden Sprachgebrauch auch früher schon konsequent beobachtet habe. Aber thatsächlich ist es von Andern jenen früheren Ausführungen gegenüber so oft übersehen worden, dass ich mich dadurch veranlasst sehe, es wiederholt zu betonen.

Sache nach ganz dasselbe ist. Nur auf einige Thatsachen, die, wenn auch sämtlich früher berührt, doch zufolge der dazwischen liegenden Darlegungen zum Teil in eine neue Beleuchtung zu rücken sind, möchte ich hier noch in aller Kürze hinweisen.

Fürs erste darauf, dass überall, wo rechtliche Sanktion und Rechtsgenossen-Anerkennung nicht unmittelbar zusammenfallen, die Sanktion sich immer nur vollziehen kann in Gestalt von Rechtshandlungen, deren Zweck seine eigene, noch ursprünglichere Sanktion in der unmittelbaren Anerkennung der Rechtsgenossen findet. Vor allem gilt dies auch von derjenigen rechtlichen Sanktion, die wir heutzutage gewohnt sind, geradezu als Regel vorauszusetzen: von der Sanktion durch ein Staatsgesetz. Jedes Gesetz, ja überhaupt jede Anordnung der Staatsgewalt erscheint als eine Rechtshandlung oder eine Verbindung von Rechtshandlungen, noch genauer gesagt, als ein Rechtsgeschäft, dessen Sanktion durch gewisse unmittelbarer Anerkennung der Staatsgenossen sich erfreuende Verfassungsnormen gegeben ist, welche die Befolgung derartiger Anordnungen der Staatsorgane fordern. Warum wir in den gedachten Fällen nicht nur von Rechtshandlungen überhaupt, sondern speziell von Rechtsgeschäften reden, wird der nächste Abschnitt zu zeigen haben; der Sache nach folgen die obigen Sätze schon aus unsern Ausführungen in § 6 (Bd. I, S. 107—117) über Rechtsnormen verschiedener Ordnung.

Zum zweiten haben wir Anlass, gerade an dieser Stelle energisch zu wiederholen, dass der Begriff des Rechtsgenossen ein sehr viel umfassenderer ist, als der des Staats- oder Volksgenossen. (Vgl. § 13, Bd. I, S. 202 ff.) Ich denke hierbei nicht bloss an die zahllosen Vereine oder Körperschaften, deren Mitglieder als Rechtsgenossen zu bezeichnen schon ziemlich gebräuchlich ist; ich möchte namentlich auch daran erinnern, dass selbstständige Rechtsgemeinschaften, Rechtsverhältnisse erster Ordnung (§ 19, Nr. 6, Bd. I, S. 328), schon zwischen nur ganz wenigen, ja zwischen nur zwei individuell bestimmten Personen denkbar sind (vgl. Bd. I, § 12, insbesondere S. 194 f., desgl. Kritik I, 87—93 und besonders 107—118). In dem letzten Falle ist es ausschliesslich die Anerkennung der beiden individuell

bestimmten Rechtsgenossen, in welcher alle Rechtshandlungen, die sie in ihrem Verkehre mit einander vornehmen, ihre rechtliche Sanktion, d. h. die Sanktion ihres jeweiligen Rechtszwecks innerhalb dieser kleinen Rechtsgemeinschaft finden. Was aber hier ausschliesslich gilt, das kann in andern Fällen wenigstens neben der aus der Anerkennung einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft fliessenden Sanktion gelten.

Und daraus folgt von selbst noch ein Drittes: die Sanktion, auf welche sich die Eigenschaft einer Handlung als Rechtshandlung gründet, kann bezüglich ein und derselben Handlung eine mehrfache sein. Namentlich gilt dies von allen Verträgen, die von den zum Vertrage zusammenwirkenden Parteien gleichmässig als sie berechtigend und verpflichtend anerkannt werden. Einmal bildet eben schon diese gemeinsame Anerkennung der Parteien eine rechtliche Sanktion des Geschäfts, d. h. des Rechtszwecks der im Geschäfte verbundenen Partei-Rechtshandlungen;[40]) eine Sanktion, die freilich nur Wert hat, so lange die entsprechende Bereitwilligkeit der Parteien zur Einhaltung des Vertrags wirklich dauert, aber unter dieser Voraussetzung einen ganz bedeutenden, für sich allein schon völlig ausreichenden. Anderseits pflegt den meisten Verträgen die Sanktion einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft, so den Privatverträgen die Anerkennung der bürgerlichen Gesellschaft, den Staatsverträgen die Anerkennung der Völkerrechtsgemeinschaft, zur Seite zu stehen; sei es dass in dieser Anerkennung auch die Partei-An-

---

[40]) Wir werden hierauf in § 23 zurückzukommen haben. Nur gegen ein Missverständnis möchte ich mich schon hier verwahren: gegen den Gedanken nämlich, dass in der Annahme der Offerte oder des Versprechens an sich schon eine Sanktion der letzteren Handlungen zu finden sei. Davon kann natürlich nicht die Rede sein. Die Annahme ist vielmehr gerade so gut eine „Rechtshandlung", wie das vorausgehende Versprechen oder die vorausgehende Offerte. Sie setzt demgemäss auch, gleich den ihr vorausgehenden, auf denselben Rechtszweck gerichteten Rechtshandlungen, die für jede Rechtshandlung erforderliche rechtliche Sanktion voraus. Nur liegt eben eine solche — für das Verhältnis der beiden Paciszenten an sich genügende — Sanktion schon in der gemeinsamen Anerkennung des Offerenten und Oblaten, dass die durch Offerte und Annahme zu Stande gekommene Willenseinigung Norm und Regel für ihr beiderseitiges Verhalten sein müsse.

erkennung ihren Grund hat oder doch jedenfalls vollständig aufgeht, sei es dass beide nebeneinander ein selbständiges Dasein führen.

14. Wir kommen zu dem letzten, in Nr. 11, III genannten Punkte: die für jede Rechtshandlung wesentliche rechtliche Sanktion braucht nicht unbedingt schon im voraus — gleichviel ob für einen nur abstrakt bestimmten oder vielmehr für einen schon völlig konkreten Rechtszweck (vgl. oben Nr. 12) — gegeben zu sein; sie kann auch unter Umständen der mit einem rechtlichen Zwecke vorgenommenen Handlung erst nachfolgen. Beiläufig ist dieser Möglichkeit bereits in Nr. 2 gedacht worden. Allerdings zunächst von einem andern Gesichtspunkte aus: es war dort zu erörtern, dass auch rechtswidrige Handlungen unter gewissen Voraussetzungen zugleich als Rechtshandlungen erscheinen oder doch wenigstens nachträglich dazu werden können. In der That ist aber mit den hierbei erwähnten gesetzgeberischen, d. h. den Zweck der Gesetzgebung verfolgenden Akten, die in Missachtung gewisser Verfassungsvorschriften vorgenommen, erst durch die spätere Anerkennung der Volksgenossen zu vollgültigen Gesetzen werden, — allgemeiner gesagt: mit den auf Rechtssetzung gerichteten, aber mehr oder weniger usurpatorischen oder revolutionären Akten, die thatsächlich sich durchzusetzen und sich Geltung zu erringen vermocht haben, — ein Hauptfall der „nachfolgenden rechtlichen Sanktion“ bezeichnet; er wird uns im V. Abschnitt — zugleich mit gewissen anderen Fällen anormaler Rechtssetzung — noch näher zu beschäftigen haben.

Einen zweiten Hauptfall bildet das Werden eines Gewohnheitsrechts. Es wird im IV. Abschnitt nachzuweisen sein, dass eine wahre Rechtssitte sich immer nur äussern kann in Handlungen, mit denen der Handelnde einen sachlich bestimmten, von der Gesamtheit der Rechtsgenossen anerkannten (oder wenn man lieber will: einer von den Rechtsgenossen anerkannten Norm entsprechenden) Rechtszweck verfolgt, — also m. a. W. in irgendwelchen Rechtshandlungen. Trifft die Voraussetzung der Rechtszweck-Anerkennung (oder was dasselbe besagt, der entsprechenden Normen-Anerkennung) seitens der Rechtsgenossen insgesamt schon für den Zeitpunkt zu, in welchem die Handlung vorgenommen

wird, so ist die betreffende Rechtshandlung nur ein Erkenntnismittel oder Zeugnis eines bereits fertigen Gewohnheitsrechts. Ist dagegen die vorausgesetzte Anerkennung in Wahrheit in dem gedachten Zeitpunkte noch nicht, wenigstens noch nicht als allgemeine vorhanden, so kann die Handlung doch dazu dienen, sie herbeizuführen; die Handlung wird dann zu einem mitwirkenden Momente in der Entwickelung der Rechtsanerkennung und damit der Rechtssitte selbst, in welcher sie ihre nachträgliche Sanktion findet.

15. Lenken wir jetzt noch einmal unser Augenmerk auf die in Nr. 10 a. E. aufgeworfenen beiden Fragen: Was ist der eigentliche Grund für die Aufstellung der Forderung, dass die Rechtshandlung sich auch objektiv als Realisierung des von dem Handelnden gewollten Rechtszwecks darstellen oder m. a. W. die Rechtsabsicht des Handelnden auch objektiv erkennbar sein müsse? Und was ist danach als Maassstab der objektiven Erkennbarkeit anzusehen?

Die erste Frage ist von uns bereits a. a. O. vorläufig dahin beantwortet worden, dass die objektive Erkennbarkeit der Rechtsabsicht die notwendige Vermittelung bilde zwischen dieser Rechtsabsicht selbst und der ihr entsprechenden subjektiven Anschauung des Handelnden einerseits und der Sanktion des Rechtszwecks durch die Anerkennung der Rechtsgenossen oder, wenn man lieber will, durch die auf solcher Anerkennung beruhenden positiven Rechtsnormen anderseits. Und in der That, wer das letzterwähnte Erfordernis der rechtlichen Sanktion, das wir in Nr. 11—14 näher erörtert haben, überhaupt als notwendiges Erfordernis jeder Rechtshandlung zugiebt, wird auch irgendwelche objektive Erkennbarkeit des mit der betreffenden Handlung verfolgten Rechtszwecks, irgendwelche objektive Darstellung des Rechtszwecks in der Handlung selbst fordern müssen. Denn so lange die mit der Handlung verfolgte Rechtsabsicht bloss für die Anschauung des Handelnden selbst existiert, nicht aber auch ihren bestimmten äusseren, objektiven, d. h. auch für andere erkennbaren Ausdruck in der Handlung gefunden hat, so lange kann auch von einer Sanktion des verfolgten Rechtszwecks durch den Willen anderer, also auch durch die Anerkennung der Rechtsgenossen nicht die Rede sein.

Geradezu auf der Hand liegt dieser Schluss in den Fällen der nachfolgenden Sanktion. Eine nachträgliche rechtliche Anerkennung des Zwecks, den die Handelnden selbst mit ihrer Handlung verfolgten, ist unter allen Umständen erst möglich, nachdem er von denen, auf deren Anerkennung es ankommt, erkannt ist; nur soweit und wie er von ihnen verstanden wird, kann er auch in ihrer Anerkennung seine nachträgliche Sanktion finden.

Kaum minder deutlich tritt die Notwendigkeit der objektiven Erkennbarkeit der Rechtsabsicht bei der vorausgehenden Sanktion eines völlig konkreten Rechtszwecks zu Tage. (Vgl. oben Nr. 12.) Wenn die Rechtspflicht, die durch die fragliche Rechtshandlung erfüllt werden soll oder gar deren besonderer Erfüllungsmodus im voraus völlig konkret — etwa durch Vertrag oder Testament — bestimmt ist, da kann eine wahre Erfüllungshandlung offenbar nur angenommen werden, sofern die Handlung des Verpflichteten nicht bloss subjektiv auf die Erfüllung gerichtet ist, sondern auch objektiv als Erfüllung eben jener konkreten Pflicht, bezw. als eine den besonderen Vorschriften über die Art der Erfüllung entsprechende Handlung sich charakterisiert. Genau dasselbe trifft zu, wenn die Handlung sich als Geltendmachung eines Rechtsanspruchs darstellen soll, der in ähnlicher Weise im voraus schon völlig konkret bestimmt ist.

Aber auch wo die vorausgehende Sanktion als Sanktion eines nur abstrakt bestimmten Rechtszwecks erscheint, dem der Zweck der Rechtshandlung sich subsumieren lässt, — wo m. a. W. die Sanktion aus allgemeineren, innerhalb eines gewissen Bereichs von Menschen in anerkannter Geltung befindlichen Rechtsnormen zu entnehmen ist, — kann schliesslich die Sache nicht anders aufgefasst werden. Denn auch bei einer solchen Sanktion, wie sie thatsächlich für weitaus die meisten Rechtshandlungen in Frage kommt, kann die Intention vernünftigerweise niemals dahin gehen, dass als dem sanktionierten allgemeinen Rechtszwecke subsumierbar alles gelten solle, was nach der subjektiven Meinung des Handelnden selbst darunter fällt; vielmehr ist darin stets auch der Gedanke beschlossen, dass der mit der Rechtshandlung verfolgte Rechtszweck dem sanktionierten allgemeineren wirklich entsprechen und dass die Entscheidung darüber, was in solcher Weise dem

sanktionierten Rechtszwecke subsumierbar sei, aus dem sanktionierenden Willen bezw. aus der ihm zu Grunde liegenden Anschauung abgeleitet werden müsse.

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergiebt sich übrigens leicht, dass mit der ersten unsrer obigen beiden Fragen in Wahrheit zugleich die zweite mit beantwortet ist: der Maassstab der objektiven Erkennbarkeit folgt unmittelbar aus dem Grunde dieser Forderung. Das will sagen: Als Maassstab der objektiven Erkennbarkeit kann einzig und allein der Wille oder die diesem Willen zu Grunde liegende Anschauung derjenigen positiven Rechte, derjenigen Rechtsgemeinschaften, derjenigen Rechtsgenossen gelten, auf deren Anerkennung die Sanktion des Rechtszwecks einer gewissen Rechtshandlung beruht.

Nur ist hierbei zweierlei nicht zu übersehen.

Fürs erste haben wir uns der Möglichkeit einer mehrfachen Sanktion ein und desselben Rechtszwecks zu erinnern, von welcher wir in Nr. 13 a. E. gesprochen haben. Jeder Vertrag, soweit er reiner Vertrag ist, d. h. ausschliesslich Rechte und Pflichten der Paciszenten gegen einander zum Inhalte hat, findet eine gewisse rechtliche Sanktion — sofern es ihm nicht etwa ausnahmsweise an jeder Sanktion fehlt — schon in der gemeinsamen Anerkennung, in dem fortdauernden Willen der Vertragschliessenden selbst, dass er gehalten werden soll.[41] Hieran wird auch an sich

---

[41]) Insofern hat auch das „pactum nudum“ schon in altrömischer Zeit seine rechtliche Geltung gehabt; nur eben nicht im Gebiete des Volksrechts oder vor dem Forum des Staats, sondern ausschliesslich für die sich gebunden fühlenden Paciszenten selbst. Eine ganz andere Frage ist es, ob nicht auf den frühesten Stadien seiner Rechtsgeschichte im römischen Volke das Bedürfnis nach bestimmten, festen Formen der Willenserklärung — entsprechend dem in Anm. 36 geschilderten Bedürfnisse nach völliger Eindeutigkeit der Ausdrücke und Zeichen — so gross war, dass überhaupt niemand auf den Gedanken eines „blossen einfachen Vertrags“ (im Gegensatz zu den gebräuchlichen formellen Verpflichtungsakten) kommen konnte. Aber selbst wenn man diese Frage rückhaltlos bejaht, bleibt das Vorbemerkte doch jedenfalls richtig für die ganze spätere Zeit, in welcher die ausdrückliche Ungültigkeitserklärung derartiger einfacher Verträge seitens der römischen Juristen doch zugleich deren Vorkommen unwiderleglich bezeugt. Auch bedarf es wohl keiner

durch die Thatsache nichts geändert, dass seine Normen gewissen andern Normen, insbesondere Normen des bürgerlichen Rechts sich subsumieren lassen. Ist der Vertrag ohne jede Rücksicht auf die supersumierbaren Rechtsnormen geschlossen, ist er m. a. W. von den Paciszenten als ein durchaus selbständiger, seinen Rechtsgrund bloss in ihrer gemeinsamen Anerkennung, ihrem fortdauernden Willen findender gedacht, so kann die Subsumierbarkeit seiner Normen unter die Normen einer anderen umfassenderen Rechtsgemeinschaft, bezw. die Sanktion des Vertrags-Rechtszwecks durch letztere immer nur neben der zuerst erwähnten ursprünglicheren Sanktion in Frage kommen. Und dann entscheidet natürlich innerhalb jedes einzelnen der beiden Gebiete, wie überhaupt, so auch bezüglich der objektiven Erkennbarkeit des Rechts, die Anschauung der betreffenden Gemeinschaftsgenossen: also innerhalb des einen die übereinstimmende Anschauung der Paciszenten selbst, innerhalb des andern die diese umfassendere Gemeinschaft oder, wie wir im oben berührten Falle ebensogut sagen können, das supersumierbare bürgerliche Recht beherrschende Anschauung.[42]) Anders gestaltet sich allerdings die Sache, wenn

---

weiteren Ausführung, dass die letzterwähnte „Ungültigkeitserklärung" seitens der römischen Juristen immer nur eine Erklärung vom Standpunkte des Staats oder bürgerlichen Rechts aus ist und daher die von uns behauptete Geltung in keiner Weise in Frage stellt.

[42]) Praktisch bedeutsamer, als das im Texte erörterte Vertragsbeispiel, sind die Gesetzgebungsakte grösserer Genossenschaften, insbesondere kirchlicher Gemeinwesen, deren Gültigkeit in erster Linie, nämlich bloss innerhalb der betreffenden Gemeinwesen selbst, auf ihrer Sanktion in der von den Genossen anerkannten Verfassung beruht, ausserdem aber, sofern sie zugleich eine Gültigkeit für das Gebiet des Staats sein soll, auf der Sanktion des letzteren. Als Verträge, deren Gültigkeit eine ähnliche zwiefache, auf einer doppelten selbständigen Sanktion beruhende ist, kommen praktisch fast nur Staatsverträge in Betracht, sofern solche einerseits ihre Sanktion für das Verhältnis der Staaten unter einander in der Anerkennung seitens der Völkerrechtsgemeinschaft, anderseits ihre Sanktion für das innere Gebiet der vertragschliessenden Staaten oder m. a. W. für deren Angehörige und Organe je in dem besonderen Rechte der betreffenden einzelnen Staaten selbst finden. Trotzdem schien es mir zweckmässig, im Texte gerade den einfachsten, wenn auch fast nur theoretisch interessierenden Fall eines bloss subsumierbaren Privatvertrags ins Auge zu fassen; namentlich weil erst hierdurch das richtige

der fragliche Vertrag nicht bloss einem andern Rechte subsumierbar, sondern vielmehr ihm subordiniert, d. h. von den Kontrahenten selbst von vornherein als dem letzteren untergeordnet gewollt ist, wie dies bei den meisten Verträgen des täglichen Lebens in der That im Hinblick auf das bürgerliche oder Privatrecht der Fall ist. Hier kann in Wahrheit überhaupt nicht von einer Duplizität der Rechtsanerkennung die Rede sein; und zwar darum nicht, weil der Wille der Parteien, auf welchem der Vertrag beruht, mehr oder minder bewusst gerade darauf gerichtet erscheint, dass die Normen der umfassenderen Rechtsgemeinschaft für das betreffende Rechtsgeschäft maassgebend sein und demgemäss die Vertragsnormen nur soweit gelten sollen, als sie jenen in der That subordiniert sind. Die Partei-Sanktion (Nr. 13) geht hier in der Anerkennung des umfassenderen Rechts einfach auf, und der Maassstab der objektiven Erkennbarkeit ist demgemäss nicht ein zwiefacher, sondern ein einheitlicher. Wenn beispielsweise das superordinierte Recht für die objektive Erkennbarkeit einer gewissen Rechtsabsicht die Beobachtung einer bestimmten Form, wie der Stipulationsform, der schriftlichen Fixierung mit der Unterschrift der Vertragschliessenden, des Gebrauchs des Wortes „Wechsel“, der Zuziehung einer bestimmten Zahl von Zeugen u. ä. als Bedingung der objektiven Erkennbarkeit einer gewissen Rechtsabsicht fordert, so ist der Vertrag, der zwar thatsächlich mit dieser Rechtsabsicht, aber ohne Einhaltung der erforderlichen Form geschlossen wurde, auch vom Standpunkte der Kontrahenten selbst einfach ungültig. Man kann dem nicht etwa entgegenhalten: so lange die Parteien selbst über den Zweck des Vertrags und über ihre Pflicht ihn zu halten einig seien, so lange sei auch diese ihre übereinstimmende Anschauung das für sie Entscheidende. In Wahrheit ist ein solcher Einwand überhaupt nur möglich, wenn gar nicht der von uns angenommene Fall, sondern bloss der Schein eines solchen vorliegt. Dies trifft z. B. da zu, wo die Parteien

---

Verständnis des gewöhnlichen subordinierten Privatvertrags ermöglicht wird. Vgl. im übrigen unsre früheren Erörterungen über subordinierte und bloss subsumierbare Rechtsnormen in § 6, Nr. 6 (Bd. I, S. 114—117), sowie über subordinierte und bloss subsumierbare Rechtsverhältnisse in § 19, Nr. 8 und 10 (Bd. I, S. 333—350).

beim Abschluss des Vertrags zwar in der Meinung handeln, dass der fragliche Vertrag auch nach den Normen des bürgerlichen Rechts bindend sei, aber doch zugleich damit den Gedanken verbinden, dass sie an ihn unter allen Umständen, selbst wenn das bürgerliche Recht versagte, gebunden sein wollen; dann ist von Anfang an kein dem bürgerlichen Rechte wahrhaft subordinierter, sondern bloss ein geeignetenfalls ihm subsumierbarer, aber an sich selbständiger Vertrag geschlossen. Nicht minder ist es denkbar, dass die Parteien, ihrer ursprünglichen Absicht entgegen, später erst dem Vertrage selbständige Bedeutung beilegen; dann ist aber in Wirklichkeit neben den alten, subordinierten Vertrag ein neuer, nicht subordinierter — gleichviel ob subsumierbar oder nicht subsumierbar — getreten. Sofern dagegen ein Vertrag wirklich als subordinierter geschlossen und festgehalten wird, wie wir dies bei den Verträgen des Alltagsverkehrs in der Regel vermuten dürfen, da folgt auch aus seinem Wesen als subordinierter Vertrag ganz von selbst die Notwendigkeit, den superordinierten Rechtsnormen — also in jenen Verträgen des Alltagsverkehrs den Normen des Privatrechts des betreffenden Staats — den Maassstab der objektiven Erkennbarkeit, insbesondere also auch die formellen Bedingungen zu entnehmen, von deren Erfüllung die Gültigkeit des Vertrags abhängt.

Zum zweiten müssen wir uns entschieden dagegen verwahren, dass man aus dem, was wir den Maassstab objektiver Erkennbarkeit nennen, etwa von neuem den von uns bereits wiederholt abgelehnten Schluss zu ziehen versucht, dass es im letzten Ende bei allen Rechtshandlungen bloss auf die Beobachtung der von dem sanktionierenden Rechte vorgeschriebenen äusseren Form ankomme. Man kann ja gewiss, um eine nicht allzu schwerfällige Definition zu geben, abkürzend sagen: der Maassstab der objektiven Erkennbarkeit ist der Inbegriff von Voraussetzungen, unter denen vom Standpunkte einer bestimmten Rechtszweck-Sanktion aus eine Handlung als Ausdruck einer auf diesen Zweck gerichteten Absicht anzusehen ist. Aber die erste Voraussetzung, die hierher gehört, ist immer, dass die subjektive Geistesverfassung des Handelnden damit in Einklang steht, also sein Wille auch wirklich auf den fraglichen sanktionierten Zweck gerichtet ist.

Wo diese erste Voraussetzung nicht zutrifft, wo die fragliche Rechtsabsicht bei dem Handelnden selbst gar nicht vorhanden, da kann auch nimmermehr von einem Erkennen derselben seitens Anderer, sondern höchstens von der Annahme einer solchen Rechtsabsicht — infolge eines durch die gebrauchte Form hervorgerufenen Scheines, aber im Widerspruch mit dem wahren Thatbestande — die Rede sein. Dagegen kann freilich ein positives Recht auch einen solchen bloss scheinbar beabsichtigten Rechtszweck — eben weil der Schein durch die Handlung erweckt ist und Andere zur irrtümlichen Annahme einer in Wahrheit nicht vorhandenen Absicht verleitet hat — dergestalt sanktionieren, dass es in solchen Fällen an die Handlung die gleichen oder doch ähnliche Rechtsfolgen knüpft, wie an Handlungen, die wirklich mit der betreffenden Absicht vorgenommen sind. Nur darf man sich hierdurch nicht verführen lassen, die beiden Kategorien von Handlungen zusammenzuwerfen. Der Unterschied der beiden Kategorien bleibt unter allen Umständen ein tiefgreifender, und wir haben daher guten Grund, nur die Handlungen der ersten Kategorie als wahre Rechtshandlungen zu bezeichnen; die relative Gleichstellung der Handlungen der zweiten Kategorie seitens des superordinierten Rechts würde für letztere immer nur den Titel fiktiver Rechtshandlungen rechtfertigen.

16. Überblicken wir noch einmal den gesamten Verlauf der in diesem Abschnitt geführten Untersuchungen.

Ausgehend vom Begriff der Handlung überhaupt (1), unterschieden wir zunächst die Rechtshandlung streng von der rechtmässigen und der rechtlich erheblichen Handlung. „Rechtmässig“ erschien uns jede Handlung, die nicht im Widerspruch steht mit dem Rechte oder m. a. W. jede nicht rechtlich verbotene Handlung; „rechtlich erheblich“ jede, die vom Rechte entweder gefordert oder doch durch irgendwelche Folgen ausgezeichnet ist, — mithin auch die rechtswidrige Handlung, sofern das Recht eine Straffolge oder eine Verpflichtung zum Schadenersatz daran knüpft. Das Wesen der „Rechtshandlung“ fanden wir dagegen in einem Dreifachen: in der Richtung der Absicht des Handelnden auf einen Rechtszweck, in der entsprechenden äusseren Darstellung oder Realisierung dieser Rechtsabsicht durch die Handlung,

endlich in der Sanktion des betreffenden Rechtszwecks durch die Anerkennung der Rechtsgemeinschaft (2).

Die Berechtigung zu dieser Begriffsbestimmung konnten wir in keinem Falle dem Sprachgebrauche entnehmen; schon darum nicht, weil es an einem festen Sprachgebrauche bezüglich des Wortes „Rechtshandlung“ z. Z. noch völlig fehlt. Wohl aber fanden wir sie in der Thatsache, dass einerseits die Ergebnisse unsrer bisherigen Ausführungen mit Notwendigkeit dazu drängen, innerhalb der Gesamtmasse von Handlungen, die als Gründe der Entstehung, Auflösung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, eine Gruppe auszuscheiden, der die vorbezeichneten Merkmale eignen, anderseits das Wort „Rechtshandlung“ seiner sprachlichen Bildung nach als ein bei aller Kürze zutreffender Ausdruck für den hiermit sachlich gegebenen Begriff sich darstellt (3).

Was Rechtszweck sei, haben wir sowohl vom Begriff des Rechtsverhältnisses, wie vom Begriff der Rechtsnorm aus näher bestimmt. Von dem letzteren Gesichtspunkte aus ergab sich uns die Einteilung aller Rechtshandlungen in Rechtssetzungs- und in Rechtsbethätigungshandlungen; vom ersteren aus — innerhalb der Rechtsbethätigungshandlungen — der Unterschied von Pflichterfüllungshandlungen und solchen Handlungen, welche die Geltendmachung von Rechtsansprüchen zum Zwecke haben (4).

Auf einen solchen bestimmten Rechtszweck nun muss zuvörderst, wenn überhaupt von einer Rechtshandlung die Rede sein soll, die Absicht des Handelnden sich richten (5—9). Damit ist nicht gesagt, dass sich der Handelnde der Rechtszweck-Qualität als solcher bewusst sein müsse; es genügt vielmehr, dass seine Absicht thatsächlich auf einen Zweck gerichtet ist, der sich irgendwie unsrer wissenschaftlichen Betrachtung als ein Rechtszweck darstellt. Wir haben dies näher erläutert durch Vergleichung mit einigen verwandten Ansichten (6), sodann unsre Forderung eingehend unter Erörterung der beiden allein möglichen Wege, einen festen Rechtshandlungs-Begriff zu gewinnen, verteidigt (7), ferner dieselbe nach verschiedenen Richtungen hin, namentlich an einer Reihe von Pflicht- und Anspruchshandlungen, sowie an der Okkupation und Dereliktion weiter ausgeführt (8), und schliesslich

noch die Komplikationen näher erörtert, die aus einer Verbindung einer grösseren oder geringeren Zahl von Einzelhandlungen zu einer Gesamthandlung, sowie aus der Verbindung verschiedenartiger Zwecke, von denen nur einer oder der andere ein Rechtszweck ist, sich ergeben (9).

Als zweites Erfordernis erschien uns die entsprechende Darstellung oder Realisierung der Rechtsabsicht durch die Handlung (2, 5, 10, 15). Dieses Erfordernis ist von einem zwiefachen Standpunkte aus zu betrachten: von einem subjektiven und von einem objektiven. Einmal muss die Handlung nach der Anschauung des Handelnden selbst als Ausdruck oder Verwirklichung seiner Rechtsabsicht sich darstellen; soweit dies nicht zutrifft, kann auch dann von keiner wahren Rechtshandlung die Rede sein, wenn äusserlich eine Form gebraucht ist, an welche die einschlagende positive Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen knüpft (10.) Überdies aber muss die Handlung auch objektiv d. h. in einer auch für Andere, speziell für die Rechtsgenossen erkennbaren Weise als Ausführung jener Rechtsabsicht sich charakterisieren (10, 15).

Ihren zureichenden Grund endlich findet die letztere Position in dem, was wir als drittes Erfordernis jeder Rechtshandlung zu bezeichnen hatten (2, 11 ff.): in ihrer rechtlichen Sanktion, genauer in der Sanktion des mit ihr verfolgten Rechtszwecks (12), wie sie schliesslich stets zurückzuführen ist auf die Anerkennung entsprechender Rechtsnormen seitens sämtlicher Rechtsgenossen (13), mag dieselbe schon vor oder doch bei der Vornahme der Handlung vorhanden sein oder ihr erst nachfolgen (14).

17. Treten wir nach alledem an die Frage heran, welche Bedeutung der vorstehenden Untersuchung über Wesen und Arten der Rechtshandlungen für die Lehre vom Entstehen und Vergehen des Rechts zukommt, so ist eins sofort klar: Eine allgemeine Theorie darüber, inwieweit die Rechtshandlungen als Gründe der Entstehung, Auflösung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen anzusehen sind, giebt es nicht und kann es nicht geben. Denn soweit jene Entstehung, Auflösung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse nicht ausschliesslich bedingt ist durch die gleichzeitige Entstehung oder Aufhebung der

ihren Inhalt darstellenden Rechtsnormen, — worüber sogleich nachher, — kann der Grund dazu immer nur aus irgendwelchen schon bestehenden Rechtsverhältnissen und dem ihren Inhalt darstellenden positiven Rechte entnommen werden. Dagegen bieten unsre Ausführungen über die Rechtshandlungen, wie schon in § 20, Nr. 6 a. E. angedeutet wurde, eine geeignete Grundlage für die Lehre von der „Rechtsbildung“ im engeren Sinne, d. h. von der Entstehung und Aufhebung der Rechtsnormen, und zwar in dreifacher Richtung.

I. Aus Rechtshandlungen, genauer aus Rechtssetzungshandlungen bestehen alle Rechtsgeschäfte, d. h. alle Setzungen subordinierter Rechtsnormen; auch das „Gesetz“, das die herrschende Doktrin neben dem Gewohnheitsrecht als einzige Rechtsquelle zu bezeichnen pflegt, ist nur eine hervorragende Art der Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts.

II. Rechtshandlungen aller Art bilden die einzigen direkten Zeugnisse eines zum Abschluss gekommenen Gewohnheitsrechts; Handlungen, die wenigstens die subjektiven Erfordernisse der Rechtshandlung in sich vereinigen, die Erscheinungsform der werdenden Rechtsgewohnheit.

III. Als Rechtssetzungshandlungen verschiedener Art sind endlich gewisse ausserordentliche Formen der Rechtsbildung zu charakterisieren, die wir als anormale Rechtssetzung bezeichnen können.

Den Beweis werden die folgenden drei Abschnitte zu erbringen haben.

Dritter Abschnitt.

Das Rechtsgeschäft.

§ 22.

Rechtsgeschäft nennen wir jede Setzung subordinierter Rechtsnormen.

Freilich ist dieser Begriff ebensowenig aus dem z. Z. herrschenden juristischen Sprachgebrauche zu entnehmen, wie der in § 21 erörterte der Rechtshandlung; ja er steht sogar im entschiedenen Gegensatze zu dem Rechtsgeschäftsbegriff der bisherigen Doktrin, der teils weiter, teils enger ist, als der unsrige. Dagegen findet unser Rechtsgeschäftsbegriff, gleich unserem Rechtshandlungsbegriff seine Rechtfertigung in unsrer Gesamtauffassung vom Rechte, sowie in wohlerwogenen sprachlichen Gründen.

Zugleich ergiebt sich aus der obigen Definition der Unterschied zwischen „Rechtsgeschäft“ und „Rechtshandlung“. Einmal ist es nur eine bestimmte Art von den durch Rechtshandlung verfolgbaren Rechtszwecken, nämlich Rechtsnormen-Setzung und zwar Setzung subordinierter Normen, die dem Rechtsgeschäft als solchem charakteristisch ist. Anderseits genügt dazu niemals eine Handlung, die zwar auf einen Zweck gedachter Art gerichtet und demgemäss als Rechtssetzungshandlung zu kennzeichnen, aber nicht für sich allein geeignet und bestimmt ist, diesen Rechtszweck zu realisieren, sondern nur in Gemeinschaft mit andern; vielmehr erscheint dann nur die Gesamthandlung, der Inbegriff der mehreren zusammengehörigen, auf Realisierung des Rechtssetzungszwecks gerichteten Handlungen, als Rechtsgeschäft.

1. „Rechtsgeschäft nennen wir jede Setzung subordinierter Rechtsnormen.“ Mit diesem Satze machen wir nicht etwa einen Versuch, eine neue und bessere Definition von dem zu geben, was schon die bisherige Jurisprudenz als „Rechtsgeschäft“ bezeichnet hat; jede Kritik unsrer Ausführungen von diesem letzteren Standpunkte aus darf ich mir von vornherein verbitten. Wir verbinden vielmehr mit dem Worte „Rechtsgeschäft“ eine ganz andere Bedeutung, als die bisherige Doktrin und Praxis damit verbunden hat; unser Rechtsgeschäfts-Begriff selbst ist ein anderer, als der sonst gebräuchliche. Ich habe dies schon an verschiedenen Stellen, namentlich im vorigen Abschnitte, beiläufig ausgesprochen, glaube es aber nicht zu oft und zu stark betonen zu können, da mir nahezu gewiss ist, dass es trotz aller Verwahrungen gelegentlich übersehen werden wird.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem von uns aufgestellten und dem Rechtsgeschäfts-Begriffe der bisherigen Jurisprudenz, den ich der Kürze halber fortan den „alten“ nennen werde, ist ein zwiefacher: von dem einen Gesichtspunkte aus ist unser Rechtsgeschäfts-Begriff enger, von dem andern erheblich weiter, als der alte.

Nach unserm Rechtsgeschäfts-Begriffe ist unter „Rechtsgeschäft“ eine Form der Rechtsbildung, genauer: eine Setzung von Rechtsnormen auf Grundlage irgendwelcher bereits bestehender superordinierter Rechtsnormen zu verstehen. Hiermit ist — in Gemässheit des in § 20 Ausgeführten — notwendig zugleich die Entstehung oder Auflösung oder mindestens Veränderung eines Rechtsverhältnisses gegeben; nur besteht eben das Charakteristische dieser durch ein Rechtsgeschäft herbeigeführten Entstehung, Auflösung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen darin, dass sie vermittelt wird durch eine Rechtsnormen-Setzung, die das eigentliche Wesen des Rechtsgeschäfts nach unserm Begriffe ausmacht. Dagegen fehlt in dem alten Rechtsgeschäfts-Begriffe diese direkte Beziehung auf die Entstehung von Rechtsnormen gänzlich. Statt dessen erscheint das Rechtsgeschäft als eine viel allgemeiner gefasste Art der Entstehung, Auflösung und Veränderung von Rechtsverhältnissen, die sich bloss durch eine besondere, übrigens sehr verschieden definierte „Übereinstimmung zwischen Partei-

absicht und Rechtserfolg" auszeichnet. Insbesondere werden danach als Rechtsgeschäfte öfters auch eine Anzahl von Handlungen aufgeführt, die nach unsern Erörterungen in § 21 gar nicht als Rechtssetzungshandlungen, sondern vielmehr als Rechtsbethätigungshandlungen zu kennzeichnen sind, wie Zahlung, Mahnung, Okkupation u. s. w. Doch mag schon hier hinzugefügt werden, dass gerade bezüglich dieser Handlungen die Ansichten über ihre Rechtsgeschäfts-Qualität bisweilen dergestalt auseinandergehen, dass darin bereits ein Hinweis auf die innere Haltlosigkeit des alten Rechtsgeschäfts-Begriffs liegt, auf den wir nachher zurückkommen werden.

Noch augenfälliger ist der zweite Unterschied. Indem wir jede Setzung subordinierter Rechtsnormen als Rechtsgeschäft bezeichnen, stellen sich die Rechtsgeschäfte des Privatrechts, d. h. diejenigen Normensetzungen, denen eine oder mehrere Normen eines bestimmten bürgerlichen Rechts superordiniert sind, nur als eine Art von Rechtsgeschäften dar, neben welche als weitere Arten die Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts, deren Gültigkeit auf den superordinierten öffentlich-rechtlichen Normen eines bestimmten Staates beruht, sowie die Rechtsgeschäfte des Kirchenrechts, des Völkerrechts u. s. w. treten. Dagegen ist der alte Rechtsgeschäfts-Begriff zunächst nur gebildet für das Privatrechtsgebiet; erst in neuerer Zeit hat man öfters versucht, ihn auch auf einzelne Erscheinungen des öffentlichen Rechts anzuwenden, aber ohne ein allgemein gültiges festes Prinzip für diese Erweiterung zu gewinnen, so dass die thatsächliche Verwendung als eine sehr verschiedene, im Grunde bloss durch den individuellen Geschmack der betreffenden Juristen bestimmte erscheint.

2. Den ersten, wenn auch zunächst bloss negativen Grund für die Aufstellung eines neuen Rechtsgeschäfts-Begriffs entnehmen wir der Erwägung, dass der alte Rechtsgeschäfts-Begriff innerlich jedes sichern Halts entbehrt und darum von ihm aus eine zureichende Definition von „Rechtsgeschäft" gar nicht möglich ist.

Allerdings dürfen wir uns bezüglich des Wortes „Rechtsgeschäft" nicht, wie bei dem Begriff der Rechtshandlung (§ 21, Nr. 3) auf den völligen Mangel eines allgemeineren juristischen Sprachgebrauchs berufen. So jung auch verhältnismässig der

Terminus „Rechtsgeschäft“ noch ist, so gewiss hat sich in unsrer neueren deutschen Rechtswissenschaft ein bis zu einem gewissen Grade gleichmässiger Gebrauch desselben herausgebildet. Allein dieser Sprachgebrauch ist doch wesentlich ein Erzeugnis der Doktrin, und seine Bedeutung reicht keinesfalls weiter, als irgend eine andere, zu einer gewissen Zeit zur Herrschaft gelangte Meinung. Es erscheint daher nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten, nach den Gründen der in ihm zum Ausdruck gekommenen Anschauung zu fragen, um sie auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

Seltsamerweise ist diese Frage fast noch nie oder wenigstens nicht in klarer und bestimmter Form gestellt worden. Man hat sich gewöhnt, den Sprachgebrauch selbst als etwas Gegebenes zu betrachten und hiervon ausgehend aus der Gesamtsumme einschlagender Bestimmungen eines gewissen positiven Rechts, thatsächlich fast immer nur des römischen Privatrechts, das allen „Rechtsgeschäften“ im Sinne jenes Sprachgebrauchs Gemeinsame abzuleiten und als integrierende Merkmale des Rechtsgeschäfts-Begriffs hinzustellen. (Vgl. oben § 21, Nr. 7.) Natürlich täuscht man sich dabei vollständig über den unvermeidlichen Zirkel, der in jedem solchen Vorgehen liegt.

Wer sich einmal ernstlich die obige Frage stellt, muss alsbald sich überzeugen, dass der fragliche Sprachgebrauch, obgleich er ein durch und durch doktrinäres Produkt ist, sich dennoch nicht aus bestimmten, klaren Gründen heraus, sondern vielmehr bloss aus dem allgemeinen Gefühle entwickelt hat, dass ein wirkliches wissenschaftliches Bedürfnis vorhanden sei, aus der ganzen Masse der menschlichen Handlungen, die als Gründe der Entstehung, Auflösung oder Änderung von Rechtsverhältnissen denkbar sind, einen umfassenden Teil um ihrer eigentümlichen Beziehung zum positiven Rechte willen in ähnlicher Weise zu einer begrifflichen Einheit zusammenzufassen, wie die im Gegensatze zu dem letzteren stehenden Delikte. Es darf also auch nicht Wunder nehmen, dass die Gemeinsamkeit des Sprachgebrauchs, wie wir bereits oben bemerkten, nur „bis zu einem gewissen Grade“ reicht. Wohl aber sollte man meinen, dass sowohl der charakterisierte Ursprung wie die Schwankungen im Gebrauche des Wortes selbst jeden besonnenen Forscher zu der Erkenntnis führen müssten, dass ein solcher

Sprachgebrauch keine zureichende Unterlage für eine wissenschaftliche Untersuchung bilden könne. Wenn dies trotzdem ganz und gar nicht zutrifft, so erklärt es sich wohl hauptsächlich daraus, dass infolge jener Schwächen des Sprachgebrauchs beinahe Jedem die Möglichkeit gegeben ist, in demselben gerade seinen eigenen Begriff wiederzufinden und sich dadurch über den wirklichen Ursprung dieses eigenen Begriffs irreführen zu lassen. So geschieht es denn, — natürlich dem Untersuchenden unbewusst, — dass nicht sowohl der wirkliche allgemeine Sprachgebrauch, soweit von einem solchen überhaupt die Rede sein kann, als vielmehr ein bloss vermeintlicher, immer nur vom Gesichtspunkte einer schon vorgefassten eigenen Meinung aus verstandener Sprachgebrauch dazu dienen muss, zuvörderst den Kreis der als Rechtsgeschäfte zu bezeichnenden Handlungen und entsprechend auch den Kreis der auf Rechtsgeschäfte bezüglichen positiven Rechtsvorschriften abzugrenzen, während bei rechtem Lichte betrachtet jene eigene, vermeintlich dem Sprachgebrauche entnommene oder doch mit ihm übereinstimmende Meinung in Wirklichkeit auf einer bereits lange vorher, aber ohne volles Bewusstsein vollzogenen, mehr oder weniger willkürlichen subjektiven Abgrenzung der fraglichen Handlungen und bezüglichen Rechtsvorschriften beruht.

3. Dass das allgemeine Gefühl, auf das wir oben als auf die eigentliche Wurzel der ausgedehnten und bis zu einem gewissen Grade gleichmässigen Verwendung des Wortes „Rechtsgeschäft“ hinwiesen, kein schlechtweg trügerisches, — dass m. a. W. ein wahres wissenschaftliches Bedürfnis vorhanden ist, aus der ganzen Masse der menschlichen Handlungen, die als Gründe der Entstehung, Auflösung und Änderung von Rechtsverhältnissen in Betracht kommen, einen umfassenden Teil um ihrer eigentümlichen Beziehung zum positiven Rechte willen in ähnlicher Weise unter einem einheitlichen Begriffe zusammenzufassen, wie die im Gegensatze zu ihm stehenden Delikte, — stellen wir in keiner Weise in Abrede. Sind doch die Ausführungen unsers vorigen Abschnitts im wesentlichen gleichfalls ein Versuch, eben diesem Bedürfnisse gerecht zu werden. Aber gerade diese Ausführungen (insbesondere § 21, Nr. 7) haben uns auch bereits gezeigt, dass ein Sprachgebrauch, der in Wahrheit bloss die gemeinsame Erkenntnis des Bedürfnisses

einer besonderen Begriffsbildung bezeugt, nicht zugleich als Grundlage und Maassstab der Lösung dieser Aufgabe gelten kann. Und weiter haben wir dort gesehen, dass zum letzteren Ziele nur zwei Wege führen, von denen wiederum nur der zweite, der Weg der Deduktion aus gewissen schon vorher gewonnenen allgemeinsten Grundbegriffen des Rechts, ein einigermaassen bequem gangbarer ist. (Vgl. oben S. 76 ff.) Auf diesem Wege sind wir zu unserm Begriff der „Rechtshandlung" gelangt; derselbe Weg führt zu unserm Begriffe des „Rechtsgeschäfts". Das will sagen: Unser Rechtsgeschäfts-Begriff ist nichts anders, als die notwendige Konsequenz unsrer Ausführungen über den Grund aller Rechtsgeltung und der hierauf beruhenden Unterscheidung von Rechtsnormen verschiedener Ordnung.

Alleiniger Grund der Rechts-Geltung, und damit auch konstituierendes Merkmal des Rechtsbegriffs, ist uns die Anerkennung der Rechtsnormen als Gemeinschaftsnormen seitens der Rechtsgenossen. Hierbei verhehlen wir uns nicht, vielmehr haben wir gelegentlich schon selbst darauf hingewiesen, dass diese Anerkennung sich in einer zwiefachen Weise vollziehen kann: nicht nur in der mehr oder minder bewussten Setzung oder Schöpfung von Normen für das Handeln der Gemeinschaftsgenossen, sondern auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung solcher Normen bei entsprechendem Handeln.[1]) Im ersteren Falle ist der Wille der Anerkennenden gerichtet auf die Rechtsnorm als Selbstzweck; die Norm wird gewollt als etwas Neues, vor der Setzung nicht oder wenigstens nicht in der nunmehr gewollten Weise Vorhandenes. Und zwar trifft dies

---

[1]) Selbstverständlich ist hier unter „Anerkennung" nur die direkte Anerkennung zu verstehen. Denn nur diese ist, wie wir früher (vgl. Bd. I, S. 46) dargelegt haben, an sich schon wirkliche, aktuelle Anerkennung; nur sie kann daher thatsächlich in einer oder der andern Weise — als Normen-Setzung oder als Normen-Voraussetzung bei entsprechendem Handeln — sich vollziehen. Die bloss indirekte ist zunächst nur eine ideale Anerkennung, d. h. sie ist an sich nur die notwendige logische Konsequenz einer wirklichen, direkten Anerkennung, die ebendarum der die Prämisse Anerkennende, sofern er logisch denkt, gleichfalls anzuerkennen genötigt wird.

sowohl für den norm-gebenden Willen der Fordernden oder Berechtigten, wie für den norm-nehmenden Willen der durch die Norm zum Handeln berufenen Verpflichteten zu. (Vgl. Bd. I, § 9, Nr. 1—3, insbesondere S. 149, 152.) Im zweiten Falle richtet sich der Wille der Rechtsgenossen zwar auch darauf, dass die betreffenden Normen gelten sollen, aber zugleich geht er stets noch auf etwas mehr: auf Erfüllung, Geltendmachung, Anwendung derselben. Dem Anerkennenden fehlt hier das Bewusstsein, dass sein Wille an der Bildung der Rechtsnormen beteiligt sei; sie werden nicht gewollt als erst zukünftig geltende, sondern als schon bisher in Geltung bestehende, als „im voraus gesetzte". Drücken wir übrigens unsre Ansicht noch ein wenig allgemeiner aus, sagen wir etwa: die Entstehung von Rechtsnormen trete teils unmittelbar in die Erscheinung durch mehr oder minder bewusste Setzung oder Schöpfung derselben, teils nur mittelbar in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzung solcher, und führen wir als Beispiele einmal die staatliche Gesetzgebung, anderseits das Gewohnheitsrecht an, so werden wir mit dieser Behauptung kaum erheblichen Widerspruch finden.

Der vorstehenden Unterscheidung und Zweiteilung bezüglich der Entstehung der Rechtsnormen entspricht eine wesentlich gleichartige bezüglich der Aufhebung schon bestehender Rechtsnormen. Am häufigsten vollzieht sich die Aufhebung von Rechtsnormen — wenigstens in unsern modernen Staatsverbänden — durch die Setzung neuer, sei es formell aufhebender (vgl. § 5, Nr. 8, Bd. I, S. 97 ff.), sei es auch nur inhaltlich widersprechender Rechtsnormen. Aber sie kann auch erfolgen durch den einfachen Wegfall der die Rechtsgeltung bedingenden Anerkennung, mag sich solcher in der unzweideutigen positiven Voraussetzung, dass die betreffenden Normen nicht mehr gelten, oder auch bloss — wenn schon minder deutlich — in dem einfachen Mangel der gegenteiligen Voraussetzung manifestieren.

Die mehr oder minder bewusste Normen-Setzung ist hiernach, wie auch wohl von keiner Seite bezweifelt wird, eine der beiden Hauptformen der Rechtsbildung, d. h. sowohl der Entstehung, als der Aufhebung von Rechtsnormen. Innerhalb der Fülle von Normen-Setzungen aber tritt nun unmittelbar der zwischen der

Setzung subordinierter Rechtsnormen und der Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung hervor. Das Wesen dieses Unterschieds ist bereits durch unsere Ausführungen in § 6 (Bd. I, S. 107—117) vollständig gegeben. Die Setzung subordinierter Rechtsnormen charakterisiert sich dadurch, dass sie in Gemässheit der schon vorher oder mindestens gleichzeitig anerkannten superordinierten Normen vollzogen werden muss, vermöge der Erfüllung dieser Forderung aber auch stets sofort, im Moment der vollzogenen Setzung selbst, die Geltung der so gesetzten Normen für die die superordinierte Norm Anerkennenden zur Folge hat. Für die Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung giebt es umgekehrt keine im voraus festgestellte Form, in welcher sie sich vollziehen müsste; aber sie erlangt auch immer nur Geltung durch die Anerkennung derer, für welche die frei gesetzte Norm gelten soll. Nur wo demnach sämtliche Interessenten bei der Setzung unmittelbar beteiligt sind und eben in der Setzung der betreffenden Normen ihre Anerkennung derselben aussprechen, ergiebt sich auch hier die sofortige Geltung der gesetzten Normen; in allen andern Fällen müssen die Norm-Setzenden sie erst von der Zukunft erhoffen. Hiermit hängt zum Teil die Thatsache zusammen, dass die eigentliche mehr oder minder bewusste Setzung oder Schöpfung von Rechtsnormen erster Ordnung uns verhältnismässig selten in der Entwickelungsgeschichte der verschiedenen positiven Rechte entgegentritt. In der frühesten Ausbildung von Rechtsnormen erster Ordnung steht meist im Vordergrunde die zweite der oben dargelegten Anerkennungsformen in Gestalt des Gewohnheitsrechts; in der Gegenwart aber erscheint überhaupt als die weitaus überwiegende Form der Rechtsbildung die Setzung von Rechtsnormen zweiter, dritter u. s. w. Ordnung.

Aus dem Vorstehenden folgt von selbst das Bedürfnis, für die hiernach heutzutage in erster Linie stehende Form der Rechtsbildung, für die „Setzung subordinierter Rechtsnormen“, einen kurzen, handlichen Ausdruck zu erlangen. Wie ich nun immer die Sache ansehen mag, ich finde keinen bessern, als den Ausdruck „Rechtsgeschäft“.

Vor allem kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Verwendung dieses Wortes für den uns beschäftigenden Begriff in

sprachlicher Hinsicht durchaus gerechtfertigt ist. „Geschäft“ kommt bekanntlich von „schaffen“. Geht man demnach aus von den drei Hauptbedeutungen von „schaffen“, an welche das Grimm'sche Wörterbuch (IV, I, Sp. 3815 ff.) seine Nachweisungen über den Gebrauch des Wortes „Geschäft“ anknüpft, so ergeben sich daraus leicht auch die verschiedenen möglichen Bedeutungen für die speziellere Wortbildung „Rechtsgeschäft“. Versteht man unter „schaffen“ ein „erschaffen“ oder „erzeugen“ und entsprechend unter „Geschäft“ die „Schöpfung“ bezw. das „Geschöpf“, so erscheint als „Rechtsgeschäft“ jede „Rechtsschöpfung“, d. h. jede Handlung (oder Verbindung von Handlungen), durch welche Recht geschaffen wird, bezw. das so geschaffene Recht selber. Nimmt man den Ausdruck „schaffen“ in der Bedeutung von „bestimmen, anordnen, befehlen“, so ist „Rechtsgeschäft“ gleichbedeutend mit „Rechtsbestimmung, Rechtsanordnung, Rechtsbefehl“. Die dritte Bedeutung von „schaffen“, wonach darunter jedes „thun“ oder „bewirken“ begriffen wird, ist so weit und dehnbar, dass überhaupt jedes Thun und Wirken, das in Ausübung oder im Dienste des Rechts geschieht, als „Rechtsgeschäft“ bezeichnet werden kann, gleichwie wir Amtsgeschäft, Berufsgeschäft, Religions-, Staats-, Kriegsgeschäft u. s. w. alles nennen, was in Ausübung oder im Dienste des Amts, Berufs u. s. w. gethan wird. Während nun der bisherige juristische Gebrauch des Wortes sich im allgemeinen bloss von dem letzten, jedenfalls am wenigsten bestimmten Gesichtspunkte aus erklären lässt, treffen in unserm Begriff von „Rechtsgeschäft“ sogar alle obigen drei Bedeutungen in eigentümlicher Weise zusammen. Jedes Rechtsgeschäft in unserm Sinne ist, wie überhaupt jede Setzung von Rechtsnormen, eine „Rechtsschöpfung“; es ist ferner seinem Inhalte nach „Rechtsbestimmung, Rechtsanordnung, Rechtsbefehl“; es ist endlich — als Setzung subordinierter Normen — stets auch ein Thun oder Wirken in Ausübung oder im Dienste des Rechts, will sagen: der den zu setzenden Normen superordinierten Rechtsnormen.

Es würde freilich eine starke Selbsttäuschung sein, wenn ich mir verhehlen wollte, wie ausserordentlich schwer es ist, einen einmal bestehenden Sprachgebrauch zu verbessern. Ich bin daher auch ganz gefasst darauf, dass mein Versuch, einen neuen

technischen Sprachgebrauch für das Wort „Rechtsgeschäft“ anzubahnen, mindestens zunächst nur sehr wenig Nachfolge finden wird. Wenn ich den Versuch dennoch wage, anstatt — was nahe zu liegen scheint — einen völlig neuen, bisher noch selten oder gar nicht benutzten Terminus für den in Frage befangenen Begriff („Setzung subordinierter Rechtsnormen“) vorzuschlagen, so bestimmen mich hierzu folgende Erwägungen. Zuvörderst ist es mir nicht gelungen, so oft und so lange ich auch diesem Gedanken nachgegangen bin, ein bisher noch unverbrauchtes Wortgebilde ausfindig zu machen, das gleich geeignet wäre, den auszudrückenden Begriff wiederzugeben, wie der Ausdruck „Rechtsgeschäft“. Das Wort „Rechtshandlung“, auch wenn seine Bildung dem fraglichen Zwecke besser entspräche, als es thatsächlich der Fall ist, würde schon darum für uns unverwendbar sein, weil wir dasselbe bereits im vorigen Abschnitt als technischen Ausdruck für einen andern, umfassenderen Begriff in Anspruch genommen haben. „Rechtsakt“ ist zu augenscheinlich gleichbedeutend mit „Rechtshandlung“; jedenfalls weist das Wort, gleich dem letzterwähnten, auf einen viel weiteren Begriff hin, als den wir mit dem Ausdrucke „Rechtsgeschäft“ treffen wollen. Auch „Rechtssetzung“ ist offenbar zu weit, da der zu suchende Ausdruck ja gerade nur die Setzung subordinierter Rechtsnormen kennzeichnen soll. Auf der andern Seite wird das wirklich anzuerkennende Bedürfnis, dem das Wort „Rechtsgeschäft“ nach dem bisherigen juristischen Sprachgebrauche dienen sollte, durch die Erhebung des Wortes „Rechtshandlung“ zu einer technischen Bezeichnung bereits in der Hauptsache befriedigt; es ist also der erstere Ausdruck im allgemeinen — abgesehen von einer nachher in Nr. 4 noch näher zu betrachtenden Ausnahme — für eine neue Verwendung frei geworden. Dazu kommt, dass uns die weitere Erörterung der Privatrechtsgeschäfte zeigen wird, dass auf dem Gebiete des Privatrechts unser Rechtsgeschäftsbegriff — abgesehen von den bisher schon bestrittenen Fällen — fast durchweg dieselben Erscheinungen trifft, wie der alte Rechtsgeschäfts-Begriff. Mit voller Deutlichkeit tritt deshalb der sachliche Unterschied der beiden Begriffe erst auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts hervor. Während nämlich nach den Anschauungen der bisherigen

juristischen Doktrin Gesetz, Verordnung, richterliche Verfügung u. s. w. keine Rechtsgeschäfte sind, sind sie es zweifellos nach unserm Rechtsgeschäftsbegriffe. Aber gerade hier liegt der Punkt, der für mich entscheidend gewesen ist: Die noch viel zu wenig erkannte Thatsache, dass Gesetz und überhaupt obrigkeitliche Verfügung einerseits und alle möglichen Arten von Privatrechtsgeschäften anderseits nicht bloss nach dem letzten Grunde ihrer rechtlichen Geltung, sondern auch rücksichtlich der Art ihrer Begründung oder Entstehung wesentlich gleichartige Dinge sind, wird am kürzesten und schlagendsten charakterisiert durch die gleichmässige Verwendung des Titels „Rechtsgeschäft“ für beide. Was sie scheidet, ist bloss die Verschiedenheit der davon betroffenen Rechtsverhältnisse bezw. der den Rechtsgeschäfts-Normen superordinierten Rechtsnormen, die bezüglich der einen dem öffentlichen Recht, bezüglich der andern dem Privatrechte angehören; und diese Verschiedenheit findet ihre völlig ausreichende Berücksichtigung durch die Unterscheidung von Rechtsgeschäften des Privatrechts und von Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts. Nur ist sofort noch hinzuzufügen, dass auch hiermit der Kreis der Rechtsgeschäfte längst nicht abgeschlossen ist. Vielmehr sind den Rechtsgeschäften des Privatrechts und öffentlichen Rechts der verschiedenen Staatsgemeinschaften zugleich an die Seite zu stellen die Rechtsgeschäfte des Völkerrechts und Kirchenrechts. Ja, schliesslich kann überhaupt jedes Rechtsverhältnis als ein besonderes Rechtsgeschäftsgebiet angesehen werden, sofern die seinen Inhalt bildenden Normen darauf gerichtet sind, gewissen andern, subordinierten Normen eine bestimmte rechtliche Geltung zu sichern. So dürfen z. B. die Befehle der Dienstherrschaft an die Dienstboten als Rechtsgeschäft innerhalb des Dienstverhältnisses prädiziert werden.

4. Bereits in Nr. 3 haben wir auf einen Fall hingedeutet, für welchen auch wir fortan noch einen zweiten Rechtsgeschäftsbegriff neben dem uns eigentümlichen als berechtigt anerkennen müssen. So gewiss nämlich auch der alte Rechtsgeschäftsbegriff als rein wissenschaftlicher Begriff von unserm Standpunkte aus überflüssig geworden ist, so gewiss ist damit die Thatsache

nicht beseitigt, dass der in der neueren Jurisprudenz üblich gewordene Ausdruck „Rechtsgeschäft“ auch in die neuere Gesetzgebung übergegangen und insoweit der darin zum Ausdruck gelangte Begriff als ein dem positiven Rechte selbst angehöriger zu respektieren ist.

Wir werden diesen zweiten Rechtsgeschäftsbegriff, der übrigens nach dem verschiedenen Standpunkte der betreffenden Gesetze, Verordnungen u. s. w. unter Umständen wiederum als ein mehrfacher sich darstellen kann, in der Folge kurzweg als besonderen, positivrechtlichen oder gesetzlichen Begriff — im Gegensatz zu unserm allgemeinen, wissenschaftlichen Rechtsgeschäftsbegriffe — bezeichnen. Es wäre indessen ein Irrtum, zu meinen, dass das hiermit gegebene Nebeneinander von zwei verschiedenen Rechtsgeschäftsbegriffen erst durch unsere Aufstellung eines neuen wissenschaftlichen Rechtsgeschäftsbegriffs hervorgerufen wäre. Freilich unterliegt der gesetzliche Sprachgebrauch stets mehr oder weniger den Einflüssen der herrschenden juristischen Doktrin, und es sprach darum bisher, namentlich so lange der Rechtsgeschäftsbegriff keiner eingehenderen Untersuchung unterzogen worden, eine starke Vermutung dafür, dass der gesetzliche Begriff von „Rechtsgeschäft“ dem üblichen wissenschaftlichen Begriffe entspreche. Anderseits war der letztere, wie wir gesehen haben, ein so vager und unbestimmter, dass schon aus diesem Grunde ein davon offenbar abweichender gesetzlicher oder vertragsmässiger gar nicht wohl aufkommen konnte. Gerade dieser Umstand weist uns jedoch darauf hin, dass es überall, wo es wirklich auf den genaueren Inhalt oder Umfang des Begriffs ankommt, auch einer besonderen Untersuchung darüber bedarf, welche Vorstellungen die betreffende Rechtsquelle mit dem Worte „Rechtsgeschäft“ verbindet. Denn gleichwie die Vertreter der Wissenschaft den fraglichen Begriff teilweise verschieden definiert und damit thatsächlich bewiesen haben, dass das, was wir den alten Rechtsgeschäftsbegriff nennen, in Wahrheit nur ein gleichklingender Ausdruck für verschiedene Begriffe ist, dürfen wir auch in den verschiedenen deutschen Rechtsquellen bei dem Worte „Rechtsgeschäft“ mehrere, mindestens teilweise von einander abweichende Begriffe voraussetzen. Die Notwendigkeit, dem allgemeinen juristisch-wissenschaft-

lichen Begriffe den besonderen positivrechtlichen (den einzelnen Quellen zu entnehmenden) gegenüberzustellen, war also auch bisher in Wirklichkeit schon vorhanden, mag sie auch aus den angeführten Gründen öfters verkannt worden sein.

Die Richtigkeit und praktische Bedeutung des soeben Gesagten wird am deutlichsten, wenn wir beispielsweise den Rechtsgeschäftsbegriff unsers neuen bürgerlichen Gesesetzbuchs ins Auge fassen. Von vornherein dürfte hier anzunehmen sein, dass das Gesetzbuch überall, wo es von „Rechtsgeschäften" spricht, darunter nur solche verstanden wissen will, die in sein Bereich fallen, also immer nur Privatrechtsgeschäfte;[2]) sein Rechtsgeschäftsbegriff ist mithin nicht nur enger als der oben von uns aufgestellte, sondern auch enger als der bisherige wissenschaftliche, wenigstens soweit dessen Vertreter ausser den privatrechtlichen Rechtsgeschäften irgendwie noch andere, insbesondere prozessualische kennen. Es versteht sich ferner von selbst, dass die Frage, ob gewisse Akte, wie Okkupation, Dereliktion u. a. als Rechtsgeschäfte nach dem bürgerlichen Gesetzbuche anzusehen sind, immer nur aus dem Willen des Gesetzbuchs selbst bezw. des Gesetzgebers heraus beantwortet werden darf, nicht aus der bisherigen Doktrin und dem bisherigen wissenschaftlichen Sprachgebrauche als solchen; ja, es müsste dies sogar dann gelten, wenn letztere bezüglich der angezogenen Punkte grössere Übereinstimmung zeigten, als es in Wirklichkeit der Fall ist. Endlich ist klar, — und gerade hierauf ist mit besonderem Nachdruck hinzuweisen, — dass das Gleiche auch gilt für die Verwendung des Rechtsgeschäftsbegriffs auf solche Rechtserscheinungen, die im Vergleich mit der normalen Gestaltung der bezüglichen Rechtsgeschäfts-Arten an gewissen erheblichen Mängeln, insbesondere an einem grösseren oder geringeren Zwiespalt zwischen dem wirklichen Willen der Beteiligten und dem Ausdruck dieses Willens leiden. Überall, wo ein Gesetz derartige mehr oder minder anomale Rechtserscheinungen als Rechtsgeschäfte behandelt wissen

---

[2]) Hierfür spricht, abgesehen von allgemeinen Erwägungen, besonders B. G. B. § 135, wo der „rechtsgeschäftlichen Verfügung" die Verfügung gleich gestellt", aber damit auch begrifflich von ihr unterschieden wird, „die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt". (Vgl. auch § 137 vbd. 136.)

will, bleibt vom positivrechtlichen Standpunkte aus nur die Eine Alternative: entweder ist der Rechtsgeschäftsbegriff von vornherein vom Gesetzgeber so weit gefasst worden, dass auch die soeben als anomal bezeichneten Thatbestände unmittelbar darunter fallen, also vom Standpunkte des fraglichen gesetzlichen Begriffs aus gar nicht als anomale anzusehen sind; oder der gesetzliche Rechtsgeschäftsbegriff ist zwar zunächst in der That enger gedacht, aber die Thatbestände, die danach gewisser wesentlicher Merkmale ermangeln, werden nachträglich, unter künstlicher Ergänzung oder Hinzudenkung des Fehlenden, also fiktiver Weise, jenem Begriffe mit untergeordnet. Ob nun das eine oder das andere zutrifft, kann wiederum nur aus dem Gesetze selbst und seiner Geschichte entnommen werden;[3]) der Rechtsgeschäftsbegriff der Wissenschaft kommt bei der Entscheidung dieser Frage an und für sich — d. h. abgesehen von der Rolle, die die Wissenschaft bei der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gespielt hat, — gar nicht in Betracht, wird aber auch anderseits in seiner allgemein-wissenschaftlichen Bedeutung durch die Entscheidung nicht berührt.

Um es mit Einem Worte zu sagen: der besondere, einem positiven Rechte eignende Begriff vom „Rechtsgeschäft" hat keine geringere, aber auch keine grössere Bedeutung, als solche nach unsern Ausführungen in § 1, Nr. 4 (Bd. I, S. 7 ff.) jeder Gemeinanschauung vom Rechte zukommt. Für die Auslegung des betreffenden Rechts ist er zweifellos von maassgebender Bedeutung, unter Umständen auch für das Verständnis von dessen Geschichte. Dagegen ist schlechterdings nicht zuzugeben, dass

---

[3]) Zu welchen Resultaten eine solche Untersuchung führen würde, habe ich hier nicht näher zu erörtern. Nur beiläufig will ich bemerken, dass gerade auch die Entstehungsgeschichte des bürgerlichen Gesetzbuchs deutlich Zeugnis dafür ablegt, wie wenig sich unsre heutige Doktrin und Praxis berühmen kann, einen festen Begriff von „Rechtsgeschäft" zu besitzen. Bezüglich des I. Entwurfs spricht allerdings eine starke Vermutung dafür, dass seinen Vorschriften die von Windscheid vertretene „herrschende Meinung" zu Grunde liegt. Dass dagegen das Gesetzbuch selbst in dieser Beziehung nicht auf dem gleichen Boden steht, beweisen u. a. dessen §§ 119—121, in denen an Stelle der Nichtigkeit, wie sie §§ 98, 99 des I. Entwurfs in Konsequenz des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftsbegriffs für die Fälle wesentlichen Irrtums ausgesprochen hatten, die blosse Anfechtbarkeit gesetzt ist.

dieser positivrechtliche Begriff zugleich maassgebend sein müsse für die wissenschaftliche Erfassung und Gliederung der Welt der Rechtserscheinungen überhaupt; vielmehr können die Begriffe, die diesem Bedürfnisse gerecht werden sollen, immer nur gewonnen werden von Gesichtspunkten aus, die allem positiven Rechte eignen, und nur richtig angewendet in streng logischer Durchführung, wie sie allein recht geeignet ist, zur Klarstellung der Irrtümer und Fiktionen in den positivrechtlichen Begriffsbildungen oder umgekehrt zur Selbstkorrektur zu führen. (Vgl. auch oben § 21, Nr. 7, 9, 15, insbesondere S. 76 ff.)

5. „Rechtsgeschäft ist uns jede Setzung subordinierter Rechtsnormen.“ Mit dieser kurzen Definition, welche schon den Ausgangspunkt für die Vergleichung und zugleich Begründung unsers Rechtsgeschäftsbegriffs gegenüber dem der bisherigen Rechtswissenschaft (Nr. 1—3), sowie gegenüber jedem rein gesetzlichen oder positivrechtlichen Begriffe von Rechtsgeschäft (Nr. 4) bildete, ist auch von selbst der Unterschied zwischen unserm Rechtsgeschäfts-Begriffe und unserm im vorigen Abschnitt erörterten Rechtshandlungs-Begriffe gegeben. Der Begriff der Rechtshandlung ist der weitere Gattungsbegriff, der Begriff des Rechtsgeschäfts der engere Artbegriff. Und zwar ist der letztere in dreifacher Beziehung enger bestimmt als der erstere.

Fürs erste kommen als Rechtsgeschäfte immer bloss Rechtssetzungshandlungen, niemals Rechtsbethätigungshandlungen als solche in Betracht. Ich betone: keine Rechtsbethätigungshandlungen als solche. Dass die Rechtssetzungshandlungen, die wir als Rechtsgeschäfte zu charakterisieren haben, zugleich Rechtsbethätigungshandlungen sein können, leugne ich durchaus nicht. Im Gegenteil; ich halte es für nicht wertlos, wiederholt (vgl. § 21, Nr. 8, oben S. 82 f.) darauf hinzuweisen, dass sich zahlreiche Arten von Rechtsgeschäften gerade durch die Verbindung von Rechtssetzung und Rechtsbethätigung, sei es in ein und derselben Handlung, sei es zu einer mehrere Einzelhandlungen umfassenden Gesamthandlung charakterisieren. So liegt in zahlreichen einseitigen Rechtsgeschäften, wie wir alsbald noch näher betrachten werden, stets zugleich die Bethätigung eines in irgendwelchen superordinierten Normen begründeten Rechts-

anspruchs auf Gehorsam. So sind alle richterlichen Verfügungen, insbesondere auch alle Urteile zugleich Pflichterfüllungshandlungen; desgleichen schliesst das Rechtsgeschäft der Gesetzgebung nach unserm konstitutionellen Staatsrechte teils in den einzelnen dazu gehörigen Rechtssetzungsakten selbst, teils in Verbindung mit ihnen eine Reihe von Pflichterfüllungshandlungen in sich. Ja, sogar zweiseitige Rechtsgeschäfte stellen sich nicht selten auch als Rechtsbethätigungsakte, und zwar dann regelmässig als Anspruchsausübung und Pflichterfüllung zusammen dar: so das „fidem facere“ im altdeutschen Gerichtsverfahren in Beziehung auf das vorausgegangene Urteil; so die Eheschliessung gegenüber der Verlobung; so alle möglichen Verträge gegenüber entsprechenden Vorverträgen. Allein in allen diesen Fällen ist es doch nur die darin vollzogene „Setzung subordinierter Rechtsnormen“, was die betreffende Handlung oder den betreffenden Komplex von Handlungen zum Rechtsgeschäfte macht; die gleichzeitig darin liegende Rechtsbethätigung kann höchstens in Betracht kommen für die Feststellung des spezifischen Unterschieds zwischen einer zu charakterisierenden Rechtsgeschäfts-Art und irgendwelchen andern Rechtsgeschäften.

Zum zweiten handelt es sich bei Rechtsgeschäften immer nur um die Setzung subordinierter Rechtsnormen, d. h. um eine Normensetzung in Unterordnung unter irgendwelche bereits in Geltung befindliche Rechtsnormen, die ihrerseits die Beobachtung derartiger (ihnen untergeordneter) Normen fordern. (§ 6, Nr. 2, 4, 6, Bd. I, S. 108 f., 112, 114 ff.) Nicht bloss wo das bestehende Recht einer Rechtssetzung die Geltung abspricht, sondern überhaupt überall, wo eine Rechtssetzung ohne Begründung auf ein schon bestehendes Recht, kurz gesagt, wo eine Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung (§ 6, Nr. 3, Bd. I, S. 110 ff.) in Frage steht, kann von einem Rechtsgeschäfte auch in unserm Sinne nicht die Rede sein. Dies gilt sogar dann, wenn die so gesetzten Normen irgendwelchen bereits geltenden Rechtsnormen subsumierbar, aber zweifellos ohne jede Rücksicht hierauf gesetzt sind. (Bd. I, S. 115 ff.) Höchstens könnte man in dem letzten Falle sagen, dass die Rechtssetzung einen zwiefältigen Charakter zeige: vom Standpunkte des supersumierbaren Rechtes aus lässt sie sich

allenfalls als Rechtsgeschäft auffassen, vom Standpunkte der Rechtssetzenden selbst aus jedoch ist sie sicherlich kein Rechtsgeschäft.[4])

Zum dritten endlich genügt zur Annahme eines Rechtsgeschäfts niemals die blosse Richtung der Handlung auf einen Rechtszweck der vorher bestimmten Art, sondern immer nur die in dieser Handlung sich vollziehende Realisierung dieses Zweckes: die Setzung der betreffenden subordinierten Normen muss in der Handlung selbst ihren Abschluss finden. Wenn eine einzige Handlung hierzu nicht ausreicht, sondern eine Mehrzahl, bisweilen eine ganze Reihe von Handlungen erforderlich

---

[4]) Man denke z. B. an die Gründung einer Kirchengemeinschaft durch freie Vereinbarung gleichgesinnter Glaubensgenossen. Soweit derartige Vereinsbildungen auch seitens des bürgerlichen Rechts anerkannt und vielleicht auch mit gewissen besonderen Rechten vor andern Vereinen ausgestattet werden, soweit m. a. W. die Errichtung von Vereinsstatuten der betreffenden Art vom staatlichen Rechte als Entstehungsgrund eines zugleich privatrechtlichen oder gar öffentlich-rechtlichen Verhältnisses behandelt wird, kann man wohl versucht sein, die Statutenerrichtung ohne weiteres als ein Rechtsgeschäft zu betrachten. Allein sofern die Absicht der Zusammentretenden darauf gerichtet ist, einen Verein ohne Rücksicht auf staatliche Anerkennung oder Nichtanerkennung herzustellen, wie dies gerade bei religiösen Vereinen zu vermuten ist, — sofern sie also wirklich auf Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung geht, nicht auf Setzung von Normen im Hinblick auf ein diesen superordiniertes Recht, — da erscheint auch bei näherer Untersuchung die fragliche Statutenerrichtung (nach dem Sinne der Errichtenden selbst) nicht als ein Rechtsgeschäft, weil nicht als abhängig von dem sie anerkennenden staatlichen Rechte. Nur wo die Absicht darauf ging, der Kirche die Vorteile eines staatlich anerkannten Vereins zuzuwenden, wie sich etwa aus der Beobachtung bestimmter Formen entnehmen lässt, ist insoweit allerdings geradeso ein Rechtsgeschäft anzunehmen, wie bei der Errichtung anderer Vereinsstatuten, die von Anfang an und ganz allgemein in Unterordnung unter das bürgerliche Recht aufgestellt werden. . . Das Vorbemerkte gilt sogar von der Gründung evangelischer und anderer Kirchenwesen, die sich im allgemeinen — soweit nicht das staatliche Recht geradezu gegen Gottes Gebot angeht — dem Staate einfach unterordnen (vgl. § 19, Nr. 10 a. E, Bd. I, S. 850). Denn obgleich hier im allgemeinen Rechtsverhältnisse vorliegen, die dem Staatsverhältnisse subordiniert sind, so kann doch die Gründung derselben an sich keinesfalls als ein von den Gründern direkt auf den Boden des staatlichen oder eines andern bestehenden Rechts gestellter Akt — etwa nach Art

wird, da ist immer nur das Ganze, die Gesamthandlung (§ 21, Nr. 9, oben S. 89 ff.) als Rechtsgeschäft anzusehen, während die Einzelhandlungen in keinem Falle so zu prädizieren sind, — auch dann nicht, wenn es augenscheinlich besondere Rechtshandlungen, ja sogar offenbare Rechtssetzungshandlungen sind. Bezüglich der zweiseitigen Rechtsgeschäfte wird dies um so weniger Widerspruch finden, als schon die bisherige Doktrin nur den Vertrag als Ganzes, nicht aber Offerte und Annahme als Rechtsgeschäfte bezeichnet hat. Allein auch wenn dem nicht so wäre, müsste ich aus sachlichen Gründen entschiedenes Gewicht auf diese Unterscheidung legen, die in noch erhöhtem Maasse Bedeutung hat für gewisse einseitige Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts, insbesondere für die scharfe Kennzeichnung unserer heutigen konstitutionellen Gesetzgebung. Auf der andern Seite sind als rechtlich erhebliche Bestandteile einer solchen, als Rechtsgeschäft zu charakterisierenden Gesamthandlung keineswegs bloss diejenigen Handlungen anzusehen, ohne welche überhaupt kein Rechtsgeschäft oder wenigstens kein Rechtsgeschäft von der und der Art vorliegen würde. Vielmehr gehören dazu schlechthin alle Handlungen, die auf die konkrete Gestaltung einer solchen Gesamthandlung, soweit sie eben Rechtsgeschäft ist, — und zwar ihrer ganzen Individualität, sowohl dem Inhalte, wie der Form nach, — irgendwie wesentlichen Einfluss geübt haben.

---

der Gründung einer Aktiengesellschaft — angesehen und eben deshalb auch nicht als Rechtsgeschäft bezeichnet werden. Anders liegt die Sache, wie schon oben bemerkt, bei Akten, welche die Anerkennung des Staates und die Gewährung gewisser Rechte, z. B. der Korporationsrechte zum Zwecke haben. Gleichwie diese Akte, wo sie vom Staate selbst im einzelnen Falle besonders zu vollziehen sind, zweifellos Rechtsgeschäfte (Gesetze, Verordnungen, Verfügungen) sind, so gewiss sind sie auch dann Rechtsgeschäfte, wenn sie ausschliesslich in der Beobachtung gewisser Formalitäten seitens der Kirchengründer bestehen. Endlich versteht sich von selbst, dass auch auf dem Boden des begründeten Kirchenwesens Rechtsgeschäfte (z. B. die Kirchengesetze in Gemässheit der Kirchenverfassung) vorkommen, die aber dann immer nur Rechtsgeschäfte des betreffenden Kirchenrechts, nicht etwa auch des öffentlichen Rechts des Staates sind, selbst nicht wo letzteres im allgemeinen als dem Kirchenrechte superordiniert erscheint.

§ 23.

Alle Rechtsgeschäfte sind entweder zweiseitig oder einseitig.

Zweiseitig nennen wir solche, zu deren Abschluss notwendig ein übereinstimmendes Norm-geben und Norm-nehmen gehört; eine Forderung, die immer nur da vollständig verwirklicht erscheint, wo an dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts alle Subjekte des Rechtsverhältnisses, dessen Inhalt die zu setzenden Normen ganz oder teilweise darstellen wollen, oder m. a. W. alle diejenigen teilgenommen haben, für welche die durch das Rechtsgeschäft gesetzten Normen Geltung haben sollen. Wo dies in Wahrheit nicht zutrifft, da liegt entweder überhaupt nur ein einseitiges Rechtsgeschäft vor oder wenigstens insoweit, als die Geltung der dadurch gesetzten Normen — kraft der ihnen superordinierten Rechtsnormen — über den Kreis der am Abschluss selbst Beteiligten hinausreicht.

Alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte können auch als Verträge bezeichnet werden. Aber der Begriff des Vertrags reicht in gewissem Sinne weiter als der des zweiseitigen Rechtsgeschäfts; denn unter den letzteren fallen immer bloss die Verträge, welche von dem Standpunkte eines bestimmten positiven Rechts aus als diesem subordiniert erscheinen.

1. Wenn wir uns die Aufgabe stellen, die Bedeutung unsers Rechtsgeschäfts-Begriffs, nachdem wir diesen selbst in § 22 genau bestimmt und durch Vergleichung mit dem alten Rechtsgeschäfts-Begriffe, sowie mit unserm Begriffe der Rechtshandlung (§ 21) näher erläutert haben, durch einen Überblick über die hervorragendsten Rechtserscheinungen, die darunter fallen, zu illustrieren, so bieten sich hierfür zwei Möglichkeiten dar. Am nächsten möchte es vielleicht liegen, die Verwendung des Begriffs durch die verschiedenen einzelnen Gebiete hindurch zu verfolgen, denen die allen Rechtsgeschäften superordinierten Normen und darum auch jedesmal die bezüglichen Rechtsgeschäfte selber angehören. Wir würden dann nacheinander die Rechtsgeschäfte des Privatrechts, des öffentlichen Rechts, des Völkerrechts, des Kirchenrechts, endlich aller möglichen sonstigen Rechte grösserer oder kleinerer, dem Staate koordinierter oder subordinierter

Rechtsgemeinschaften vorzuführen haben. Die andere Möglichkeit ist gegeben mit der schon mehrfach, wenn auch bisher nur beiläufig, gemachten Einteilung der Rechtsgeschäfte in einseitige und zweiseitige. Der durch diese Einteilung vorgezeichnete Weg fällt allerdings weniger in die Augen; aber wer ihn einschlägt, hat den Vorteil, dass die Betrachtung, die doch in keiner Weise vollständig sein kann, sich wenigstens nicht so zu zersplittern braucht. Dazu kommt, dass bei Beschreitung des letzten Weges die gemeinsamen oder doch gleichartigen Gründe der Rechtsgeltung, wie sie den Rechtsgeschäften der verschiedensten Gebiete zu Grunde liegen, besonders deutlich heraustreten.

Da unser Rechtsgeschäfts-Begriff überhaupt nicht auf einen bisher schon herrschenden Sprachgebrauch gegründet ist, so liegt auf der Hand, dass auch unsere Einteilung der Rechtsgeschäfte in zweiseitige und einseitige Rechtsgeschäfte aus dem bisherigen Sprachgebrauche weder zu begründen, noch anzufechten ist. Umsomehr wird es jedoch unsre Aufgabe sein müssen, nicht nur unsern eigenen Sprachgebrauch in dieser Hinsicht genau festzustellen oder m. a. W. eine klare und scharfe Begriffsbestimmung des zweiseitigen wie des einseitigen Rechtsgeschäfts zu geben, sondern dieses Vorgehen auch sachlich — vom Standpunkte unsrer Gesamtauffassung vom Rechte aus — zu rechtfertigen. Mit dieser Rechtfertigung wird sich dann von selbst der in Aussicht genommene Überblick über die wichtigsten, auf den verschiedenen Rechtsgebieten uns entgegentretenden Arten von Rechtsgeschäften verbinden, die der einen oder andern Hauptgattung angehören.

Wir handeln zunächst allein vom zweiseitigen Rechtsgeschäft.

2. Vier Forderungen sind es, die wir an jedes zweiseitige Rechtsgeschäft stellen:

I. Zu jedem zweiseitigen Rechtsgeschäfte gehört eine zwiefache Art der Normensetzung: ein Norm-geben und ein Norm-nehmen.

II. Das Norm-geben und das Norm-nehmen müssen mit einander übereinstimmen, d. h. Geben und Nehmen muss sich auf denselben Normen-Inhalt beziehen.

III. An dem Abschluss des Rechtsgeschäfts, will sagen an der betreffenden Normensetzung müssen — in der einen

oder der andern Weise — alle diejenigen beteiligt sein, für welche die gesetzten Normen Geltung haben sollen.

IV. Die gesetzten Normen müssen in Unterordnung unter ein allen Beteiligten gemeinsames, superordiniertes Recht gewollt sein.

Die letzterwähnte Forderung folgt von selbst aus den Erörterungen des § 22 über den Begriff des Rechtsgeschäfts überhaupt. Mit den drei erstgenannten Forderungen dagegen knüpfen wir unmittelbar an dasjenige an, was wir bereits in § 9, Nr. 3 (Bd. I, S. 152) ausgeführt haben.

„Jede Norm, jeder Imperativ drückt den Inhalt eines Willens aus, der sich an einen zweiten Willen richtet und von diesem seine Erfüllung fordert, erwartet, beansprucht. Daraus folgt allein schon, dass jede Norm nur auf eine zweifache Art wahrhaft gewollt oder anerkannt werden kann: nämlich entweder im Sinne (vom Standpunkte) des Imperans, d. h. desjenigen Willens, welcher von dem andern erfüllt sein will, oder im Sinne (vom Standpunkte) dessen, an welchen sich die Norm richtet, sofern dieser seinen eigenen Willen in den Dienst des fordernden Willen stellt, sich ihm unterwirft. Mit andern Worten: die Norm wird einesteils gewollt als normgebender, anderntheils als normnehmender Wille.[1]) Fassen wir nun speziell Rechtsnormen (§ 3, Nr. 13) ins Auge, so nennen wir den Willen in Bezug auf die so oder so gewollte Norm, oder vielleicht noch richtiger gesagt, die spezifische Willensbestimmung in Beziehung auf den durch die Norm ausgedrückten Willensinhalt, in dem ersteren Falle Rechtsanspruch, in dem andern Rechtspflicht. Nehmen wir anderseits hinzu, dass zu dem wirklichen Wollen einer Norm,

---

[1]) Dass ich mich in diesem Satze einer stark elliptischen Redeweise bedient habe, bin ich mir vollkommen bewusst; ob sie nicht besser zu vermeiden gewesen wäre, mag dahin gestellt bleiben. Immerhin meine ich, dass meine Bemerkungen im ganzen wohl zu verstehen sind, sofern man nur den von mir angenommenen Sprachgebrauch berücksichtigt und nicht statt dessen einen andern substituiert. Die Einwendungen Hölders (a. a. O. S. 30) werden zum grössten Teile überhaupt nur dadurch verständlich, dass H. fortgesetzt mit seinem eigenen, viel zu beschränkten Normen-Begriffe (vgl. oben Anm. 1 zu § 20, Nr. 1) operiert.

also auch jeder Rechtsnorm stets zugleich die Richtung des Willens auf ein in der entgegengesetzten Weise wollendes Subjekt gehört, dass jeder Rechtsanspruch die Beziehung auf einen rechtlich Verpflichteten bezw. zu Verpflichtenden, jede Rechtspflicht die Beziehung auf einen Berechtigten, d. h. auf ein entsprechenden Rechtsanspruch habendes Subjekt notwendig in sich schliesst, dass m. a. W. Rechtsanspruch und Rechtspflicht vollständig Korrelata sind,[2]) so ist weiter klar, dass selbige stets ein Verhältnis zwischen mehreren Subjekten darstellen, das wir passender Weise als Rechtsverhältnis schlechtweg bezeichnen.[3]) . . Eine weitere

---

[2]) Aus diesen Worten, verbunden mit verschiedenen andern Bemerkungen des ersten Bandes folgt von selbst, dass der Vorwurf Hölders (a. O. S. 30), nach meiner Ansicht sei „die Pflicht das Prius, und das Recht nichts anders als der Anspruch auf Erfüllung jener", nicht zutrifft. Auch in meinen früheren Ausführungen (Kritik I, S. 157 f., II, S. 34 ff.) habe ich wohl ein Prius für die „Norm" schlechtweg, d. h. für den blossen Norm-Gedanken sowohl vor der Pflicht als vor dem Anspruch behauptet, niemals aber — soweit ich mich entsinnen kann — ein Prius der Pflicht vor dem Anspruch. Jedenfalls stände das im Widerspruch mit der Erklärung im vorliegenden Texte; denn was Korrelat eines andern ist, kann niemals erst aus diesem folgen. Eben aus diesem Grunde muss ich mich auch entschieden gegen die Meinung Hölders a. O. erklären, wonach in Wirklichkeit die Pflicht das Posterius sein soll. Wenn man freilich eine Pflicht ausdrücklich definiert als „Pflicht der Rechtsgenossen, das fremde Recht zu respektieren", so kann man diese Pflicht unbedenklich als begriffliche „Konsequenz der Existenz des Rechts" bezeichnen. Aber immer nur, weil hier der Inhalt der Pflicht selbst nicht direkt, sondern bloss indirekt durch Beziehung auf ein gegenüberstehendes Recht gekennzeichnet ist. Es bleibt also die Hauptfrage bestehen: Ist eine Existenz dieses Rechts denkbar ohne eine gleichzeitig vorausgesetzte Pflicht? Und diese Frage muss ich unbedingt verneinen. Man versuche nur einmal ernstlich, sich den Inhalt eines Rechtsanspruchs zu denken, und man wird sofort finden, dass dies gar nicht möglich ist, ohne gleichzeitig sachlich die entsprechende Pflicht mitzudenken. Nur wenn man die blosse Freiheit, etwas zu thun, schon als „Recht" ansehen will, kommt man nicht unmittelbar zu einem entsprechenden Pflicht-Gedanken; aber näher besehen kann dann überhaupt von einer korrespondierenden Pflicht gar nicht die Rede sein. (Vgl. Bd. I, S. 163 und Kritik II, S. 324 ff.)

[3]) „Rechtsverhältnis" ist also kurzweg das Korrelatverhältnis von Rechtsanspruch und Rechtspflicht. Ob dieses Verhältnis nur einen einzigen Anspruch und entsprechend eine einzige Rechtspflicht in sich begreift oder vielmehr eine Mehrheit von zusammengehörigen Pflichten und Ansprüchen,

Art, Normen zu wollen oder anzuerkennen, giebt es nicht. Wohl kann man Normen noch in anderer Weise, nämlich ausschliesslich in Beziehung auf dritte Personen, oder auch losgelöst

---

ist für den Begriff des Rechtsverhältnisses im allgemeinen vollkommen gleichgültig. Wohl muss der Idee nach eine einzige relativ selbständige Rechtsnorm genügen, um den Inhalt eines Rechtsverhältnisses darzustellen, das will sagen: gleichwie jede relativ selbständige Norm als ausschliesslicher Inhalt einer Stipulation gedacht werden kann, so kann auch jede einzelne relativ selbständige Norm als ausschliesslicher Inhalt eines Rechtsverhältnisses gedacht werden. Allein überall, wo mehrere Rechtsnormen und entsprechend mehrere Rechtsansprüche und Rechtspflichten ihrer Tendenz oder Natur nach zusammengehören, wo m. a. W. diese Normen (Ansprüche, Pflichten) einem und demselben Zwecke dienen, da gebührt der Titel „Rechtsverhältnis" in erster Linie sicherlich dem ganzen Verhältnis von Ansprüchen und Pflichten; ja, es hat überhaupt keinen Wert, jedes innerhalb eines Rechtsverhältnisses zwischen zwei Personen wahrzunehmende Korrelatverhältnis von Anspruch und Pflicht, dem schlechterdings keine selbständige Rolle zukommt, dennoch mit dem gleichen Titel zu belegen. Im Gegenteil; es könnte das entgegengesetzte Verfahren leicht irreführend wirken, zumal da es dem bisherigen Sprachgebrauche durchaus widersprechen würde. Wenn ich nach alledem mit vollem Bewusstsein darauf verzichtet habe, bei den Rechtsverhältnissen zwischen nur zwei Subjekten einfache und zusammengesetzte zu unterscheiden, und ebenso umgekehrt darauf, innerhalb eines Rechtsverhältnisses zwischen nur zwei Personen, das mehrere Normen (Ansprüche, Pflichten) zum Inhalte hat, jedes einzelne im Gedanken hervorzuhebende Korrelatverhältnis zwischen dem einzelnen Anspruch und der entsprechenden Rechtspflicht als ein Teilverhältnis zu bezeichnen, so dürfte dieser Verzicht (Bd. I, S. 275, 309) wohl eher Billigung verdienen, als den Vorwurf der Inkonsequenz. Anders läge die Sache freilich, wenn meine Theorie, wie Hölder a. a. O. S. 36 behauptet, völlige Identität von Rechtsnorm, Rechtspflicht und Rechtsverhältnis forderte. Dass „diese Identität nicht nur nicht notwendig, sondern unmöglich ist", gebe ich H. ohne weiteres zu. Aber es ist mir auch niemals eingefallen, solche Identität zu behaupten; vielmehr steht das, was ich immer und überall behauptet habe, im vollsten Widerspruche mit einer solchen Annahme (vgl. Anm. 2 zu § 20, Nr. 1): Was den Inhalt eines Rechtsverhältnisses ausdrückt oder gar nur zum Inhalte eines solchen gehört, kann niemals mit dem ganzen Verhältnisse selbst identisch sein. . . Eine ganz andere Frage ist es, ob es in Wirklichkeit Rechtsverhältnisse giebt, deren Inhalt eine einzige (selbständige) Rechtsnorm, und entsprechend ein einziger Anspruch und eine einzige Rechtspflicht darstellen. Hätte ich Unrecht mit der — übrigens ziemlich beschränkten — Bejahung dieser Frage (Bd. I, S. 195, 275 f.), so würde dadurch meine Begriffsbestimmung vom Rechtsverhältnis überhaupt in keiner Weise berührt werden. Aber auch die

von allen in der einen oder andern Weise wollenden Subjekten denken; ja gerade in dieser Weise, die Rechtsnormen zu denken, haben wir (§ 9, Nr. 1) das Wesen des objektiven Rechts oder

---

Einwendungen, die H. speziell gegen das thatsächliche Vorkommen solcher einnormiger Rechtsverhältnisse gerichtet hat, können mich ganz und gar nicht von der Richtigkeit der gegenteiligen Meinung überzeugen. Was H. (a. O. S. 41) gegen meine das ältere römische Recht betreffende Bemerkung ausführt, würde er kaum niedergeschrieben haben, wenn er sich die von mir citierte Stelle aus Jherings Geist des röm. Rechts vorher angesehen hätte; denn er hätte dann wohl gesehen, dass ich bei meiner Bemerkung hauptsächlich Schuldverhältnisse im Auge hatte, also Verhältnisse, auf welche seine ebenfalls unter Berufung auf Jhering gemachte Gegenbemerkung schlechterdings nicht passt. Im übrigen beschränkt sich sein Gegenbeweis auf den Versuch (S. 36), auch „das einfachste Darlehnsverhältnis", das ich als ein Beispiel eines in einer einzigen (selbständigen) Norm sich erschöpfenden Rechtsverhältnisses angeführt hatte, als ein notwendig mehrnormiges zu erweisen. Ganz abgesehen nun davon, dass auch das vollständige Gelingen dieses Versuches in keiner Weise die Annahme anderer einnormiger Rechtsverhältnisse, z. B. des a. O. (Bd. I, S. 195) unmittelbar vorher von mir erwähnten Verhältnisses, ausschliessen würde, muss ich auch das von H. bezüglich des „einfachsten Darlehnsverhältnisses" Gesagte teils als unrichtig, teils als für unsre Frage unerheblich betrachten. Zuvörderst ist das Darlehnsverhältnis, das H. uns vorführt, offenbar keines von der einfachsten Art; es setzt vielmehr ein schon höchst entwickeltes bürgerliches Gesellschaftsverhältnis voraus, dessen dem Darlehnsvertrage superordinierte Normen in mannigfacher Weise für Gläubiger und Schuldner mitbestimmend sein sollen. Um zu einem wirklich ganz einfachen Darlehnsverhältnis zu gelangen, gehen wir am sichersten, wenn wir von jedem superordinierten bürgerlichen Rechte völlig abstrahieren. Als geradezu notwendig ergiebt sich dies für Fälle, in denen zwei Expatriierte oder auch zwei Staaten in ein Darlehnsverhältnis zu einander treten. Aber auch da, wo ein Rechtsverhältnis unter der Herrschaft eines mehr oder weniger entwickelten bürgerlichen oder eines andersartigen superordinierten Rechts steht, wird sich diese Methode des Abstrahierens von den Bestimmungen des superordinierten Rechts empfehlen, um bei Rechtsverhältnissen, die durch Rechtsgeschäft zu stande kommen, den wesentlichen Inhalt zu bestimmen, der sie von Rechtsgeschäften anderer Art unterscheidet. So genügt in unserm Falle die Eine Vertragsnorm, „dass der Darlehnsempfänger die dargeliehene Summe — zu einer bestimmten Zeit oder auf vorgängiges Verlangen — zurückerstatten soll"; die superordinierten Normen „über vertretbare Sachen, über den Inhalt der Geldschulden, über Ort und Zeit der Erfüllung, über das beneficium competentiae u. s. w." lassen sich sämtlich hinwegdenken, ohne dass dadurch der Charakter des Verhältnisses als Darlehnsverhältnis in Zweifel gestellt würde. Aber auch noch von einer andern Seite her erscheinen

vielmehr der mit der Bildung dieses Begriffs vollzogenen Objektivierung des Rechts gefunden. Allein sobald man vom Denken oder Vorstellen zum Wollen oder Anerkennen (§ 3, Nr. 11—13)

---

die Ausführungen Hölders als verfehlt. Dass „das Darlehnsverhältnis" — vom Standpunkte des superordinierten, entwickelten bürgerlichen Rechts aus — „Objekt nicht bloss Einer Norm, sondern einer grossen Zahl von Normen ist", habe ich nirgends geleugnet. Ebenso richtig hat H. unterschieden zwischen den Normen, die „schon für die Bestimmung seines (des Darlehnsverhältnisses) Inhalts" und andern, die „ausserdem (insbesondere für Entstehung und Aufhebung des Verhältnisses) in Betracht kommen". Aber seltsamerweise merkt er gar nicht, dass diese letzteren Normen gerade darum, weil sie sich nicht auf den Inhalt des Darlehnsverhältnisses beziehen, weder gegen noch für meine Auffassung sprechen können, da es diese ja eben ausschliesslich mit dem Inhalte dieses Verhältnisses zu thun hat. In die gleiche Kategorie dürfte übrigens auch jede Bestimmung über ein „beneficium competentiae" fallen; ich kann nicht finden, dass dadurch der Inhalt eines Darlehnsverhältnisses an sich anders bestimmt würde. Und was noch wichtiger ist: auch die Normen über vertretbare Sachen, über den Inhalt der Geldschulden, ja selbst über Ort und Zeit der Erfüllung gehören nicht zum Inhalt des Darlehnsverhältnisses, drücken nicht einen Teil dieses Inhalts aus, sondern — wie H. richtig sagt — bestimmen ihn nur mit, d. h. soweit die vom Gläubiger und Schuldner selbst gesetzte Norm einer Ergänzung in der einen oder andern Beziehung bedarf. Das will sagen: auch sie gehören in der Form, in der sie uns im Staatsgesetz, überhaupt als allgemeine Normen, entgegentreten, immer nur dem „objektiven Privatrechte" an, das als solches nicht den Inhalt der zahllosen darunter zu subsumierenden Einzelverhältnisse, sondern allein den Inhalt des Einen grossen bürgerlichen Gesellschaftsverhältnisses darstellt, das jenen Einzelverhältnissen superordiniert erscheint. Zum Inhalt des subordinierten Einzelverhältnisses können sie bloss insoweit gerechnet werden, als sie im konkreten Falle wirklich anwendbar sind: also nur sofern ihnen neben den Vertragsnormen selbst noch eine Bedeutung zukommt, und auch innerhalb dieses Rahmens nicht in ihrer Totalität, sondern bloss als Modifikationen des konkreten Vertragsinhalts, günstigstenfalls als unselbständige Normen, die bloss zufolge der Beziehung auf die selbständige Vertragsnorm ihren Sinn haben. Es entsprechen ihnen daher auch niemals besondere Rechtsansprüche und Rechtspflichten, sondern unter allen Umständen nur Modifikationen des durch den Darlehnsvertrag selbst gegebenen Verhältnisses von Anspruch und Pflicht; etwas anders ausgedrückt: der Inhalt des Darlehnsverhältnisses, das in der von uns vorausgesetzten Weise begründet ist, findet seinen Ausdruck auch in diesem Falle nicht in einer Mehrheit selbständiger Normen, sondern nur in einer einzigen selbständigen, aber durch mehrere unselbständige modifizierten Norm.

übergeht, wird auch sofort die bisher bloss gedachte, d. h. objektiv gedachte Norm zum Ausdruck eines in der ersten oder zweiten Weise subjektiv bestimmten Willens, nämlich entweder eines Anspruchs, einer Forderung an Andere, oder umgekehrt der Anerkennung einer Pflicht, der Unterwerfung unter einen andern Willen."

Was in den vorstehenden Worten über Norm-geben und Norm-nehmen gesagt ist, um damit zunächst darzulegen, dass und in welchem Sinne alle Rechtsnormen als Ausdruck des Inhalts von Rechtsverhältnissen erscheinen, bietet uns zugleich eine ausreichende Rechtfertigung für unsern Begriff vom zweiseitigen Rechtsgeschäft und somit auch den besten Ausgangspunkt für eine genauere Charakteristik desselben. Denn das zweiseitige Rechtsgeschäft ist uns ja eben diejenige Form des Rechtsgeschäfts, darinnen die beiden Arten von Rechtsanerkennung, welche die zwei wesentlichen Seiten jedes Rechtsverhältnisses ausmachen, unmittelbar in die Erscheinung treten.

Wie den Inhalt eines Rechtsverhältnisses auf der einen Seite Rechtsansprüche, auf der andern Rechtspflichten bilden, so stellt sich jedes zweiseitige Rechtsgeschäft einerseits als ein Fordern (Ansprechen) oder Norm-geben, anderseits als ein Sich-verpflichten oder Norm-nehmen dar.

Wie Anspruch und Pflicht vollständig Korrelata sind, so muss in jedem zweiseitigen Rechtsgeschäft das Ansprechen und Sichverpflichten, das Geben und Nehmen der das Rechtsverhältnis bestimmenden Normen, bezüglich des Inhalts völlig übereinstimmen.

Wie endlich ein persönlicher Anteil an einem Rechtsverhältnis immer nur als Haben von Rechtsansprüchen und Rechtspflichten gegenüber andern Subjekten des Rechtsverhältnisses denkbar ist, so kann auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft immer nur in der Weise gedacht werden, dass daran alle, für welche die darin gesetzten Normen gelten sollen, oder m. a. W. alle, die dadurch — als Berechtigte oder Verpflichtete — Subjekte eines und desselben Rechtsverhältnisses werden, in der einen oder andern Form, als Gebende oder Nehmende, an der Normsetzung selbst beteiligt erscheinen.

Bei alledem darf freilich der durchgreifende, in jeder der gedachten drei Beziehungen gleichmässig zu konstatierende Unterschied zwischen den vorstehend verglichenen Erscheinungen niemals übersehen werden. Wenn wir für jedes Rechtsverhältnis ein übereinstimmendes Norm-geben und Norm-nehmen behaupten, an welchem sämtliche Subjekte desselben so oder so beteiligt sind, so denken wir dabei natürlich nicht an irgendwelche bestimmte Willens-Akte, mit denen die Subjekte des Rechtsverhältnisses die dessen Inhalt bildenden Normen in einem bestimmten Zeitpunkte aufgestellt oder angenommen haben, sondern vielmehr an das meist latente, während der ganzen Dauer des Verhältnisses auf die seinen Inhalt bildenden Normen gerichtete Wollen, wie es bei jedem Rechtsverhältnis in der angegebenen zwiefachen Weise — in der einen je für den durch die Norm berechtigten, in der andern für den verpflichteten Teil — vorausgesetzt werden muss. Ebendarum erscheint uns auch in diesem Falle Norm-geben identisch mit dem fertigen, fortdauernden Anspruch, Norm-nehmen identisch mit der fortdauernden Pflicht-Anerkennung. Wenn wir dagegen von Norm-geben und Norm-nehmen bei zweiseitigen Rechtsgeschäften reden, da meinen wir gerade umgekehrt bestimmte einmalige Willens-Akte, genauer Willensäusserungen oder Willenserklärungen, in denen der nachher bloss mehr oder weniger unbewusst fortdauernde (oder gar bloss vom Gesichtspunkte der von ihm anerkannten superordinierten Normen aus als fortdauernd zu vermutende) Wille sich zuerst manifestiert hat. Hier entspricht daher dem Norm-geben nicht der fertige, gewissermaassen festgewordene Anspruch, sondern der Akt des Ansprechens, Forderns, Verlangens; desgleichen dem Norm-nehmen nicht die fertige Rechtspflicht, sondern das Sich-verpflichten oder als-Pflicht-aufsichnehmen.

3. Zum bessern Verständnis und teilweise auch zur Bekräftigung der vorstehenden Ausführungen mag es dienen, wenn wir die darin niedergelegten Anschauungen mit der bisherigen Lehre von den Verträgen vergleichen.

In seltener Übereinstimmung hat unsre Rechtswissenschaft, voran die des Privatrechts, bis in die allerneueste Zeit den Begriff

des Vertrags in wesentlich derselben Weise, ja fast mit den gleichen Worten definiert, wie dies schon die römischen Juristen gethan: als eine „Vereinigung zweier (oder mehrerer) Willenserklärungen“ oder noch kürzer als „Willenseinigung“. Statt aller andern Belege mag hierfür die 6. Auflage von Windscheids Pandekten vom Jahre 1887 (Bd. I, S. 189 f., II, S. 175) angeführt werden. Allerdings deuten die Worte, mit denen Windscheid selbst — übrigens wiederum in wesentlichem Einklang mit althergebrachter Lehre — diese Begriffsbestimmung im unmittelbaren Anschluss daran näher erläutert: „der von dem Einen erklärte Wille müsse durch die Willenserklärung des Andern ergriffen und festgehalten werden“, wohl bereits auf eine Einschränkung der vorausgeschickten Begriffsbestimmung hin, deren weitere Verfolgung zu der Erkenntnis führt, dass der Vertrag überhaupt nur als eine Hauptart von „Willenseinigung“ aufzufassen ist. Seitdem ist diese Konsequenz in der That von verschiedenen Seiten gezogen und mehr oder weniger eingehend erörtert worden; am ausführlichsten von Kuntze in seiner Abhandlung über den „Gesamtakt“ als über eine in mannigfachen Formen vorkommende zweite Hauptart von Willenseinigung.[4])

Ob das Bestreben, alle möglichen Formen der Willenseinigung, die nicht als Verträge anzusehen sind, wieder unter einen einzigen „neuen Rechtsbegriff“ zusammenzufassen, nicht

---

[4]) S. die Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller (1892), S. 29 ff. Was schon vorher in der angedeuteten Richtung geschehen, teils von Kuntze selbst, teils von andern, — insbesondere von Binding 1888, Bekker 1889, L. Seuffert 1890, — hat dort (S. 40 ff.) gebührende Berücksichtigung gefunden. Als Beispiele, die Kuntze a. a. O. mehr oder weniger eingehend besprochen hat, mögen hier nur angeführt werden: der Kollektivprotest, die Zeichnung der Firma seitens mehrerer Kollektivprokuristen, das Zusammenhandeln mehrerer Miteigentümer bei Rechtsgeschäften über das gemeinsame Grundstück, die verschiedenen Arten des Zusammenwirkens von Mündel und Vormund, das Handeln von Ehefrau und Haussohn unter Zustimmung des Ehemanns und Hausvaters, die mannigfachen deutschrechtlichen Arten des Handelns mit gesamter Hand, die Gründung einer Aktiengesellschaft, die Errichtung eines Bundesstaats, das Zusammenwirken von Regierung und Volksvertretung bei der konstitutionellen Gesetzgebung.

abermals auf Übertreibung eines an sich berechtigten Gedankens hinausläuft, darf vorläufig unerörtert bleiben; augenblicklich interessiert uns nur die nachdrückliche Betonung der Thatsache, dass eine Identifizierung von Willenseinigung und Vertrag unzulässig und demgemäss diejenige Willenseinigung, die wir Vertrag nennen, vor allen Dingen näher zu charakterisieren ist, um sie von andern Arten der Willenseinigung zu unterscheiden. Was jedoch Kuntze selbst für diese nähere Bestimmung des Vertragsbegriffs gethan hat, kann nur wenig befriedigen. Richtig ist, dass beim Vertrage notwendig mehrere Parteien einander gegenüber, niemals die daran Beteiligten bloss gleichmässig nebeneinander stehen; richtig ist auch, dass die vertragsmässige Willenseinigung genauer als eine Willensbindung zu kennzeichnen ist. Aber ganz abgesehen davon, dass gerade diese Wahrnehmungen durchaus nicht neu sind, erscheinen die von Kuntze hinzugefügten Erläuterungen im höchsten Grade bedenklich. Es widerspricht der Erfahrung, dass jedem Vertrage „ein Kampf der Interessen" vorausgehen müsse, „der erst im Vertragsschluss zur Ruhe komme". Wohl deutet das Wort „Vertrag" darauf hin, dass es ursprünglich für solche Fälle gebildet worden ist; allein im Laufe der Zeit hat sich hier zweifellos eine Wandelung des Sprachgebrauchs vollzogen, und heute kennen wir zahllose Verträge, die nicht die Beilegung eines Interessenkampfes oder einen Ausgleich zwischen „zwei sich gegenseitig widerstrebenden Willen" zum Zwecke haben, sondern einfach die gleichmässige Befriedigung der gleichen oder auch der bei den Beteiligten verschieden gearteten und doch nicht widerstreitenden Bedürfnisse.[5]) Wenn ferner Kuntze sagt, die Willens-

[5]) Gleichheit der Bedürfnisse oder Interessen ist z. B. die regelmässige Voraussetzung derjenigen zweiseitigen Verträge, die wir genauer „wechselseitige" nennen, weil darin die Vertragschliessenden sich gegenseitig — vollständig oder doch in der Hauptsache — dieselben Rechte und Pflichten zuerkennen; so vor allem Gesellschafts- und Bündnis-Verträge. Aber auch bei den streng einseitigen, wahrhaft unentgeltlichen Verträgen erscheinen beide Teile — mindestens soweit ihr Interesse in dem einseitigen Vertrage selbst zur Verwirklichung gelangt — durch ein wesentlich gleiches Interesse bestimmt. Das zinslose Darlehn dient als solches schlechthin nur dem Interesse des Empfängers, das Mandat dem Interesse des Auftraggebers u. s. w.; ob Darlehnsgeber und Beauftragter daneben noch einen andern, egoistischen

einigung im Vertrage, die er kürzer als Willensbindung bezeichnet, sei „eine solche, dass die Willen der Parteien nicht bloss in demselben Ziel zusammentreffen, sondern sich zu diesem Zwecke ineinander schlingen und verketten, zusammen eine lebendige Einheit bilden, als wären sie mit einander verwachsen, jeder Wille dem andern unterworfen und kein Wille einseitig wieder lösbar", so enthält die erstere, grössere Hälfte dieses Satzes nichts weiter, als einige bildliche Redensarten, bei denen ich mir offen gestanden nur sehr wenig zu denken vermag, und die zweite, kleinere Hälfte stellt sich bei näherer Betrachtung als eine vollständig falsche Behauptung heraus. Denn dass „jeder Wille dem andern unterworfen und kein Wille einseitig wieder lösbar sei", das trifft in Wahrheit höchstens für solche Verträge zu, die auf ein wechselseitiges, längere Zeit hindurch zu beobachtendes Verhalten der Paciszenten gegen einander gerichtet sind. Im übrigen ist immer nur der Schuldner, der verpflichtete Teil, niemals der Gläubiger oder Berechtigte als solcher gebunden. Am deutlichsten tritt dies natürlich an einseitigen Verträgen heraus; aber es gilt auch für unentgeltliche Verträge: der Verkäufer ist nicht gebunden, den Preis, der Käufer nicht, die gekaufte Sache anzunehmen oder gar zu fordern, wenn er auch seiner gleichzeitigen Verpflichtung sich nicht ohne Zustimmung des Gegenparts entziehen kann.

So ungenügend und irreführend nach alledem die Ausführungen Kuntzes über die charakteristischen Merkmale der im Vertrage sich vollziehenden Willenseinigung erscheinen müssen, so bieten uns doch die beiden ihnen vorausgeschickten allgemeineren Be-

---

Zweck verfolgen, was möglich aber jedenfalls nicht notwendig ist, kommt für die Auffassung des Rechtsgeschäfts als Vertrag gar nicht in Betracht. Bei denjenigen zweiseitigen Verträgen endlich, die wir spezieller als entgeltliche bezeichnen, wie Kauf, Miete u. ä., werden die Vertragschliessenden zwar stets von verschiedenen Interessen geleitet, allein diese Interessen sind meist nicht widerstreitende, sondern vielmehr einander begegnende; dass Käufer und Mieter möglichst billig, Verkäufer und Vermieter möglichst hoch abzuschliessen bemüht sind, gehört freilich zu den alltäglichsten Erfahrungen, aber nicht zum Wesen des Kauf- und Mietvertrags als solchen. Kurz, auf der Voraussetzung eines vorausgehenden Interessenkampfes oder m. a. W. auf dem Zwecke der Streitbeilegung beruhen in Wirklichkeit nur verhältnismässig wenige Verträge, wie Friedensverträge, Vergleiche, Schiedsgerichtverträge u. ä.

merkungen, die wir schon oben als zwar nicht neu, aber doch richtig bezeichnet haben, einen passenden Anknüpfungspunkt für unsre weitere Betrachtung, indem sie uns zunächst zu der Frage drängen: Worin besteht denn nun wirklich das Richtige, sowohl an der Kennzeichnung der Vertragschliessenden als Parteien, als an der für jeden Vertrag zu behauptenden Willensbindung?

Da nach dem oben Bemerkten ein Interessen-Gegensatz, der durch den Vertrag ausgeglichen werden soll, ja selbst nur eine Verschiedenheit der Interessen schlechterdings nicht als eine wesentliche Voraussetzung aller Verträge anzusehen ist, so kann m. E. die Bezeichnung der Vertragschliessenden als Parteien keine andere Bedeutung haben, als dass dieselben ähnlich wie zwei Kampfparteien einander gegenüber, nicht wie die Genossen Einer Partei nebeneinander stehen; genauer gesagt, dass sie in ganz demselben Sinne, und nur in diesem, Parteien sind, wie wir auch in jedem Rechtsverhältnisse schon zwei Parteien oder Seiten unterschieden haben: nämlich einerseits den berechtigten, anderseits den verpflichteten Teil.

Damit ist auch bereits angedeutet, wie weit die für jeden Vertrag zu behauptende Willensbindung reicht. Nicht notwendig jeder am Vertragsschluss Beteiligte wird dadurch in seinem Willen gebunden, sondern bloss der nach dem Inhalt des Vertrags verpflichtete Teil.[6]) Nur wo das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis ein mehrseitiges in dem früher (§ 16, Nr. 3, Bd. I, S. 281 ff.) erörterten Sinne ist, wo alle zu diesem Rechtsverhältnisse vereinigten Subjekte sowohl als Berechtigte wie auch zugleich als

---

[6]) Man wird vielleicht einwerfen: auch der Berechtigte als solcher sei durch den Vertrag in gewisser Hinsicht gebunden; nämlich gebunden, nicht mehr zu fordern, als er nach dem Vertrage zu beanspruchen hat. Setzen wir einmal voraus, dass dieser Einwurf sachlich begründet sei, so würden darum die im Texte aufgestellten Grundsätze nicht weniger als richtig sich erweisen, denn die behauptete Gebundenheit des Berechtigten als solchen wäre schliesslich doch auch nichts anderes, als eine jedem Vertragsanspruche adhärierende Pflicht, jeder durch einen Vertrag Berechtigte also stets zugleich Verpflichteter. Nur insofern bedürften unsre Ausführungen — aber ganz ebenso auch die Anschauungen der bisherigen Rechtswissenschaft — einer Korrektur, als dann überhaupt von einseitigen Vertragsverhältnissen gar nicht mehr oder doch nur in einem völlig andern als dem bisher angenommenen

Verpflichtete erscheinen, da sind wirklich alle am Vertragsschluss Beteiligten in ihrem Willen gebunden; aber selbst in diesem Falle sind sie es immer nur insoweit, als gerade ihre Pflichten, nicht wo und soweit bloss ihre Ansprüche in Betracht kommen.

Nehmen wir noch hinzu, was alle Verträge — auch nach Kuntzes Anschauung — mit den sonstigen Arten der Willenseinigung offenbar gemeinsam haben, so dürfen wir jedenfalls konstatieren, dass die ihnen charakteristischen Parteihandlungen als Willenserklärungen zu kennzeichnen sind, und es liegt zugleich der Schluss nahe, dass diese Willenserklärungen der Stellung entsprechen müssen, die den betreffenden Vertragschliessenden in dem durch den Vertrag zu begründenden Rechtsverhältnisse zukommen soll.

Bis hierher glaube ich mich mit der gesamten bisherigen Doktrin in wesentlicher Übereinstimmung zu befinden. Indem wir das Handeln der Paciszenten als ein Norm-geben und Norm-nehmen oder als ein Ansprechen und Sich-verpflichten (Fordern und Sich-unterwerfen) charakterisieren, betonen wir nicht bloss das Gegenüber der Handelnden, sondern bringen auch zugleich den überall wiederkehrenden Inhalt dieser Parteistellung, wie er sich als notwendige Konsequenz aus dem durch den Vertrag zu begründenden Rechtsverhältnisse ergiebt, klar und deutlich zum Ausdruck.

4. Durch die letzten Erörterungen ist freilich noch in keiner Weise die Berechtigung erwiesen, die für jeden Vertrag unentbehrlichen Willenserklärungen der Paciszenten gerade so zu charakterisieren, wie ich es gethan habe. Vielmehr soll dieser

---

Sinne die Rede sein könnte. Allein bei näherer Betrachtung muss der ganze Einwurf als verfehlt erscheinen. Was in ihm als Gebundenheit des Berechtigten bezeichnet wird, ist in Wahrheit keine rechtliche Gebundenheit, oder doch jedenfalls keine aus dem Vertrage hervorgegangene. Wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner mehr fordert, als sein Rechtsanspruch beträgt, so thut er damit nichts andres oder mindestens nichts in höherem Grade Rechtswidriges als der, welcher Anspruch gegen jemand erhebt, von dem er überhaupt nichts zu fordern hat. Wohl mag man darin die Verletzung einer allgemeineren bürgerlichen Rechtspflicht auf Grund des dem Vertrage superordinierten Rechts erblicken; aber die Verletzung einer besonderen, aus dem Vertrage entsprungenen und darum zum Inhalt des Vertragsverhältnisses zu rechnenden Pflicht liegt darin sicherlich nicht.

Beweis, soweit er nicht schon in Nr. 2 enthalten ist, im folgenden erst noch erbracht werden.

Beginnen wir wiederum mit der Frage: Was ist bisher seitens der Rechtswissenschaft geschehen, um den allgemeinen Charakter der dem Vertrage wesentlichen Parteierklärungen genauer zu bestimmen?

Die Antwort kann nicht sehr günstig lauten. Ja, man kann zweifeln, ob unsre Rechtswissenschaft auch nur zu einer richtigen und genügend scharfen Fragstellung gekommen ist. Was etwa dem Anschein nach in der angedeuteten Beziehung geschehen ist, beschränkt sich auf mehr oder weniger ausführliche Erörterungen über „Antrag“ und „Annahme“. Dass aber mit der Untersuchung dieser beiden Parteihandlungen nicht der für unsre Frage entscheidende Punkt getroffen ist, ergiebt sich schon aus der einfachen Erwägung, dass es nicht wenige und zwar gerade besonders bedeutsame Verträge giebt, bei welchen die Unterscheidung zwischen zwei diesen Begriffen entsprechenden, verschiedenen Parteihandlungen entweder ganz unmöglich oder wenigstens rechtlich wertlos ist. Vor allem gehören dazu alle schriftlichen Verträge im engeren Sinne.[7]) Die gedachten beiden Parteihandlungen sind

[7]) Hierunter verstehe ich nur diejenigen, welche als Verträge schriftlich abgefasst sind, d. h. Verträge, bei denen die schriftliche Form nicht bloss zur Fixierung der zum Vertrage gehörigen Parteierklärungen, sondern zugleich zur sichtbaren Verbindung derselben und damit zur deutlichen Kennzeichnung des sie umfassenden Ganzen als Vertrages dient. Für unsern gegenwärtigen Zweck würde es schon genügen, an solche Schriftstücke zu erinnern, die sich selbst — gewöhnlich in Überschrift oder Einleitung — ausdrücklich als Vertrag, Übereinkunft oder ähnlicher Weise einführen. Der Sache nach gehören dazu auch alle Verträge, die ihren Abschluss — nicht bloss eine beiläufige Beurkundung — in einem über die Parteiverhandlung aufgenommenen Protokolle gefunden haben. Dagegen sind von den vorerwähnten schriftlichen Verträgen im engeren Sinne streng zu unterscheiden alle Verträge, die nur darum als schriftliche bezeichnet werden, weil die Parteien bei Abgabe ihrer Erklärungen sich irgendwie der Schrift, z. B. des brieflichen oder telegraphischen Verkehrs bedient haben. Da hier jede Parteierklärung ganz ebenso oder vielmehr in noch höherem Grade für sich auftritt, wie beim mündlichen Verkehre, so greift hier natürlich auch die Unterscheidung von Antrag und Annahme Platz, ja sogar in besonders deutlicher Weise.

aber nicht nur nichts allen Verträgen wesentliches, sondern sie erscheinen auch da, wo sie zweifellos vorkommen, bei genauerer Betrachtung als etwas mehr oder weniger Äusserliches. Was Antrag und was Annahme, wer Antragender und wer Annehmender ist, richtet sich im allgemeinen gar nicht nach dem Inhalte der Parteierklärung. Der Antrag kann ebensowohl Angebot als Nachfrage, Versprechen wie Verlangen, Bitte oder Frage sein; und genau ebenso mannigfaltig erscheint natürlich die Bedeutung der Annahme. Die Unterscheidung hat also einen rein formellen Charakter: „Antrag" bezeichnet die den Vertragsschluss durch vorläufige Aufstellung des Inhalts einleitende, „Annahme" die ihn in Gemässheit der ersteren d. h. durch einfache Zustimmung vollendende Parteierklärung.[8]) Hiernach soll selbstverständlich nicht behauptet werden, dass die Unterscheidung auch in denjenigen Fällen, für welche sie die bisherige Doktrin geltend gemacht hat, — und diese bilden zweifellos die grosse Mehrzahl, — juristisch ohne Wert sei. Aber ihr Wert liegt auf einem andern, uns augenblicklich nicht interessierenden Gebiete; sie giebt gar keine Antwort auf die Frage nach einem allen Verträgen, im Gegensatz zu nicht-vertragsmässigen Willenseinigungen, charakteristischen Inhalte der Parteierklärungen, sondern trifft nur eine mehr oder weniger zufällige Form des Zustandekommens der Verträge, an welche die verschiedenen superordinierten bürgerlichen Rechte regelmässig, aber durchaus nicht immer in gleicher Weise, bestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Mit andern Worten: Antrag und

---

[8]) Durch unser deutsches bürgerliches Gesetzbuch ist diese Auffassung geradezu legalisiert worden. Aber auch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft darf dieselbe seit den Ausführungen von Sohm, Stobbe, Marsson u. a. als die herrschende betrachtet werden. Vgl. die Litteraturangaben bei Brinz-Lotmar, Pand. IV, S. 297 f., Anm. 3. Die an letztgenannter Stelle vertretene, abweichende Ansicht beruht wohl auf dem richtigen Gefühle, dass die herrschende Lehre nicht den wünschenswerten Aufschluss über die verschiedenartige innere Natur der vertragsmässigen Parteierklärungen giebt. Aber anstatt dem hiermit berührten Bedürfnisse in selbständiger Weise gerecht zu werden und gleichzeitig die relative Berechtigung der üblichen, wenn auch nur formalen und äusserlichen Unterscheidung anzuerkennen, vermengt sie diese beiden Gesichtspunkte und gelangt so zu dem widerspruchsvollen Begriffe einer „antizipierten Annahme".

Annahme haben wohl Bedeutung als zwei Arten von Rechtshandlungen, in denen sich in der überwiegenden Zahl von Fällen der Vertragsabschluss vollzieht; aber sofern die Thatsache des Vertragsschlusses selbst ausser Frage steht, verlieren sie als solche jedes Interesse und über die spezifische Art der im betreffenden Vertrage vollzogenen Willenseinigung ist aus ihnen schlechterdings nichts zu entnehmen. Ebendarum ist es auch möglich, bei jedem Vertrage von jenen beiden Begriffen ganz zu abstrahieren; die einfache Verabredung schriftlicher Vertrags-Abfassung genügt, um ihre Verwendung im technischen Sinne vollständig auszuschliessen. Dazu kommt endlich noch ein Drittes: Es giebt zahlreiche Arten von Willenseinigungen, bei denen die Ausdrücke „Antrag“ und „Annahme“ in wesentlich gleicher Bedeutung technische Verwendung finden, obgleich sie zweifellos nicht unter den Begriff des Vertrags fallen; so insbesondere Beschlussfassungen unsrer Parlamente, Vereinsversammlungen u. s. w.

Immerhin dürfen wir aus der vorstehenden Betrachtung der herrschenden Doktrin eine wichtige Lehre ziehen. Wohl ist diese zunächst nur negativer Art, nämlich dahin gehend, dass das charakteristische Wesen der allen Verträgen gleichmässig eignenden Willenserklärungen jedenfalls nicht aus der Art des Zustandekommens, aus der Form des Vertragsabschlusses, abgeleitet werden kann. Aber je gewisser uns diese Erkenntnis geworden ist, um so näher liegt der Gedanke, dass jenes charakteristische Wesen aus der allgemeinen Natur der Rechtsverhältnisse, die durch Vertrag begründet werden, genauer gesagt aus der Beziehung der einander gegenüber tretenden Parteierklärungen auf die im Vertragsverhältnisse sich gegenüberstehenden Rechtsansprüche und Rechtspflichten sich erschliessen lassen muss. Und damit kehren wir unmittelbar zurück zu dem, was wir bereits in Nr. 3 a. E. auszusprechen veranlasst waren. Die nähere Ausgestaltung dieses Gedankens aber kann nicht wohl in einer andern Richtung erfolgen, als in der schon in Nr. 2 von mir eingeschlagenen.

5. Ich betone: Nicht in einer andern Richtung. Dass die Fassung, die ich dort meiner Ansicht gegeben habe, an-

fechtbar und verbesserungsfähig sei, will ich durchaus nicht unbedingt bestreiten; es kommt mir nicht auf die Fassung, sondern einzig auf die Sache an. Umsomehr jedoch glaube ich verlangen zu dürfen, dass man meine Ansicht nicht nach den blossen Worten beurteilt, in die ich sie einzukleiden versuchte, sondern nach dem Sinne, in welchem sie verstanden sein will.

Dies gilt ganz besonders auch von der ersten der vier Forderungen, die ich in Nr. 2 aufgestellt habe: „Zu jedem zweiseitigen Rechtsgeschäft oder Vertrage gehört eine zwiefache Art der Normensetzung, ein Norm-geben und ein Norm-nehmen." Vor allem muss ich voraussetzen, dass die, welche meine Ansicht auf ihren wahren Wert prüfen wollen, dabei von meinem Normen-Begriffe ausgehen, mögen sie im übrigen denselben billigen oder nicht. Weiter muss ich verlangen, dass sie bei dem Begriff der Normen-Setzung sich nicht ein beliebiges Bild — auch nicht vom Standpunkte eines etwa sonst vorkommenden Sprachgebrauchs aus — machen, sondern sich einfach daran halten, dass ich darunter jeden Ausdruck eines bewussten Wollens einer vorher noch gar nicht oder doch nicht in derselben Weise gewollten Norm verstehe (vgl. oben § 22, Nr. 3, S. 122). Und ebenso muss ich erwarten, dass die von mir angenommenen technischen Ausdrücke des Norm-gebens und Norm-nehmens so ausgelegt werden, wie dies meinen eingehenden Erläuterungen in Nr. 2 entspricht, möchten diese Ausdrücke auch noch so sehr den Vorwurf verdienen, sprachlich schlecht gewählt zu sein. All diese Vorbehalte muss ich daher auch für die nächstfolgenden Erörterungen machen, in denen ich den Satz von der in jedem Vertrage wiederkehrenden zwiefachen Art der Normensetzung noch von einer andern Seite her zu begründen versuchen will.

Fassen wir zuvörderst irgendwelche einseitige Verträge ins Auge, bei denen sich die auf einander zu beziehenden Parteierklärungen, ohne die der betreffende Vertrag nicht zu Stande kommen kann, am unzweideutigsten als ein Norm-geben und Norm-nehmen kennzeichnen. Wer einen Auftrag erteilt, der giebt oder setzt damit dem Beauftragten die Norm: Du sollst das und das für mich thun. Wer ein Darlehn giebt, der giebt damit auch dem Empfänger die entsprechende Norm, d. h. er stellt an ihn

zugleich die Forderung (den Anspruch), nach erfolgter Kündigung oder innerhalb einer bestimmten Frist den gleichen Betrag zurückzugewähren. Wer bei einem andern einen Gegenstand deponiert, der verlangt damit von dem Depositar, dass er ihn bis zu einem bestimmten Zeitpunkte aufbewahren soll. Umgekehrt: Wer einen Auftrag entgegennimmt, wer ein Darlehn empfängt, wer die hinterlegte Sache zur Aufbewahrung übernimmt, der nimmt damit in Wahrheit stets auch eine Norm. Das will sagen: Er unterwirft sich dem an ihn gerichteten fremden Willen; er erkennt das von dem andern Teile gesetzte „Du sollst" als Norm für sich selbst oder m. a. W. als seine Pflicht an. Und zwar sind es in diesen Fällen, wie überhaupt bei allen einseitigen Verträgen, streng einseitige Normen (§ 5, Nr. 4, Bd. I, S. 86), — gleichviel ob nur eine oder mehrere, — die gleichmässig von dem einen Teile gegeben und von dem andern genommen werden.

In welcher Form der eine oder andere Wille erklärt wird, ist für unsre gegenwärtige Erörterung gänzlich gleichgültig; es kommt immer nur darauf an, dass über den betreffenden Willensinhalt kein Zweifel sein kann. Die Frage des Stipulators, die Hingabe einer Summe mit der eindeutigen Bezeichnung als Darlehn, die Bitte, einen Gegenstand bis zu einem gewissen Zeitpunkte bewahren zu wollen u. s. w. leisten sachlich genau dasselbe, wie der unserer Terminologie direkt entsprechende Gebrauch des kürzeren oder längeren Imperativs; die Bejahung der Sponsionsfrage und das einfache mündliche Versprechen, das Wechsel-Accept und die Unterschrift der vorgelegten Schuldverschreibung sind ganz ebenso nur verschiedene Formen für das Nehmen einer von anderer Seite gegebenen Norm. Ja, es bedarf nicht einmal immer eines Ausdrucks in Worten, namentlich nicht von Seiten beider Teile. Wenn der Empfänger einer Geldsumme weiss, dass sie ihm als Darlehn gegeben wird, so liegt schon in der blossen Hinnahme derselben ein ausreichender Ausdruck für die Annahme der ihm hierdurch zugleich gegebenen Norm, die den Inhalt des Darlehnsvertrags darstellt. Desgleichen versteht sich von selbst, dass auch Zeichen oder symbolische Akte die Stelle der Worte ersetzen können. Mit Einem Worte: Alles, was man bisher schon über Willenserklärungen durch Zeichen und konkludente Handlungen

gelehrt hat, lässt sich — unter Beobachtung angemessener Vorsicht[9]) — auch auf das Norm-geben und Norm-nehmen in dem von uns vertretenen Sinne anwenden.

Nicht minder ist gleichgültig, ob der Gedanke an die zu gebende und entsprechend zu nehmende Norm zuerst bei dem Norm-geber oder bei dem Norm-nehmer auftritt. Zuvörderst ist der Gedanke an eine zu setzende Norm und sogar die genauere Formulierung dieser Norm noch gar nicht notwendig schon ein Norm-geben oder Norm-nehmen. So wenig der Vorvertrag, in welchem sich jemand die Gewährung eines Darlehns versprechen lässt, mit dem Darlehnsvertrage verwechselt werden darf, so wenig dürfen die Vorverhandlungen, die dem Vertragsabschlusse vorausgehen, mit dem letztern selbst vermengt werden. Nur was zu dem wirklichen Vertragsschlusse gehört, muss sich als Norm-geben oder Norm-nehmen darstellen; was dem vorausgeht, mag unter Umständen sehr viel mehr Zeit und Mühe in Anspruch nehmen, aber es kann sich dabei auch bloss um eine vorläufige Überlegung und Beratung über die erst in der Folge zu gebenden und zu nehmenden Normen handeln. Beachtet man stets diesen Unterschied zwischen Vorverhandlung und Vertragsschluss, so wird sich allerdings bezüglich der einseitigen Verträge thatsächlich die Reihenfolge der Parteierklärungen in den meisten Fällen so gestalten, dass das Norm-geben dem Norm-nehmen vorangeht.[10]) Allein notwendig ist diese Reihenfolge ganz gewiss

[9]) Namentlich ist zu beachten, dass unter den im Texte genannten Willenserklärungen durch Zeichen oder konkludente Handlungen immer nur wirkliche Willenserklärungen zu verstehen sind, d. h. Handlungen, die nicht bloss von anderer Seite als genügendes Kennzeichen für einen bestimmten Willen des Handelnden angesehen zu werden pflegen, sondern auch von dem Handelnden selbst mit dem entsprechenden Willen vorgenommen sind. Alles was sonst, fiktiver Weise, von Doktrin und Praxis unter den Begriff der „stillschweigenden Willenserklärung" gebracht wird, — und wie vieles das ist, zeigt z. B. das reichhaltige Buch von E. Ehrlich (Berlin 1893), — kann für die gegenwärtige Erörterung schon darum nicht in Betracht kommen, weil es sich dabei in Wahrheit um ganz andere Dinge als um vertragsmässige Willenserklärungen handelt.

[10]) Hier fällt demnach thatsächlich das Norm-geben mit dem „Antrage" im Sinne der herrschenden Lehre und entsprechend das Norm-nehmen mit dem „Annehmen des Antrags" zusammen. Oder richtiger gesagt: der formale

nicht. Wenn A gegen den B sich erbietet, in dessen Namen etwas besorgen zu wollen, — wenn C dem D, für den er Geld einkassiert hat, vorschlägt, ihm dieses auf ein Vierteljahr als Darlehn zu belassen, — wenn E dem F erklärt, ihm seine Schuld erlassen zu wollen, — so genügt eine einfache Zustimmung seitens des B, D, F, um im ersten Falle einen Mandatsvertrag, im zweiten einen Darlehnsvertrag, im dritten einen Schulderlassvertrag zu Stande zu bringen. Und doch ist hier zweifellos A, C, E der Norm-nehmende, d. h. der sich verpflichtende, genauer gesagt die für das betreffende Vertragsverhältnis charakteristische Norm als seine Pflicht auf sich nehmende Teil, — B, D, F der Norm-gebende, d. h. der fordernde, die Norm als seinen Anspruch an den andern aufstellende Teil.[11])

Durchaus die gleichen Beobachtungen sind aber bei näherer Betrachtung auch an zweiseitigen Verträgen zu machen. Am deutlichsten an solchen, deren Inhalt ausschliesslich oder doch in erster Linie — ähnlich wie bei den einseitigen Verträgen — ebenfalls einseitige Normen bilden, vor allen an Kauf-, Miet-

---

„Antrag" hat in diesen, in der That am häufigsten vorkommenden Fällen zum Inhalt ein Norm-geben, und dagegen die „Annahme" des Antrags zum Inhalt ein entsprechendes Norm-nehmen.

[11]) In den letzteren Beispielen tritt die Wesensverschiedenheit zwischen unsrer Unterscheidung von Norm-geben und Norm-nehmen einerseits und der Unterscheidung von Antrag und Annahme anderseits auch äusserlich klar hervor. Denn so wie diese beiden Fälle gedacht sind, lassen sie als Inhalt des Antrags ein Norm-nehmen, als Inhalt der Antrags-Annahme ein Norm-geben erscheinen. Wem dies — namentlich bezüglich des Erlassvertrags — nicht sofort einleuchten sollte, der braucht bloss die einem solchen Vertrage wesentliche Norm wirklich imperativisch zu konstruieren. Sie lautet dann im letzterwähnten Falle etwa: „Die und die Schuld soll erlassen sein." Fragt man nun, an wen diese Norm sich richte, so kann die Antwort nur sein: An den Gläubiger. Denn dem Schuldner wird damit gar nichts geboten; wenn er später, weil er inzwischen zu Vermögen gekommen ist, trotz des Erlasses zahlt, so thut er zwar etwas, wozu er nicht mehr verpflichtet war, aber rechtswidrig handelt er sicher nicht. Dagegen gebietet die Norm dem Gläubiger, die Schuld fortan nicht mehr zu fordern. Und ebendarum erscheint er als Norm-nehmer und der Schuldner als Norm-geber. Mit andern Worten: Die Sache liegt inhaltlich genau ebenso, wie wenn der Schuldner als Antragsteller, etwa in Form der Bitte, die Norm angiebt und der Gläubiger den Antrag und damit die Norm annimmt.

und Dienstverträgen. Der Unterschied von der Normensetzung beim streng einseitigen Vertrage besteht hier nur darin, dass zum Inhalte des Vertrags notwendig mehrere einseitige Normen gehören, die in entgegengesetzter aber korrespondierender Richtung, kürzer gesagt „übers Kreuz“ gegeben und genommen werden. So lauten z. B. die jedem Kaufe wesentlichen beiden Normen etwa folgendermaassen: „V soll dem K den und den Gegenstand zum Eigentum (zum vollständigen Sachgenuss) verschaffen gegen den Preis von 100.“ — „K soll dem V für Beschaffung der genannten Ware 100 zahlen.“ Bezüglich der ersten Norm ist V Norm-nehmer; die Norm erscheint als an ihn gerichtet: Du sollst die Sache verkaufen gegen den angegebenen Preis. Bezüglich der zweiten ist er Norm-geber; er selbst stellt dem K die Forderung: Du sollst mir für die Sache das und das zahlen. Umgekehrt ist es K, der die erste Norm giebt, indem er sie an den V richtet, und die zweite Norm nimmt, indem er sich verpflichtet, für die Ware den bezeichneten Preis zu leisten.

Nicht ganz so klar zu Tage, aber doch sachlich nicht anders liegen die Dinge in Betreff von Verträgen, deren Inhalt ausschliesslich oder doch hauptsächlich zweiseitige Normen (Bd. I, S. 86 cit.) darstellen. Auf dem Gebiete des Privatrechts kommen als Verträge solcher Art fast nur die Gesellschaftsverträge in Betracht; dagegen gehören in diese Kategorie weitaus die meisten völkerrechtlichen Verträge, wie Freundschafts-, Handels-, Schifffahrts-, Auslieferungs- und Bündnisverträge. Alle diese Verträge haben das Eigentümliche, dass bei ihnen oder wenigstens bei denjenigen Normen, die ihren Hauptinhalt bilden, auf den ersten Anblick nicht zwischen Norm-geber und Norm-nehmer zu scheiden ist. Allein genauer besehen liegt es nur in der Natur der zweiseitigen Normen, dass jeder, der als Vertragspartei an ihrer Setzung sich beteiligt, gleichzeitig als Geber und Nehmer auftritt. Denn durch jede zweiseitige Vertragsnorm sollen ja eben alle Paciszenten in der völlig gleichen Weise gegeneinander berechtigt wie verpflichtet werden; die Norm wird also von jedem als Partei Beteiligten einerseits aufgestellt als eine Forderung an alle andern Vertragsgenossen, anderseits für sich angenommen als ein an ihn gerichteter, von ihm zu befriedigender Anspruch aller dieser andern.

6. Bei all unsern Erörterungen über das zum Vertrage gehörige Norm-geben und Norm-nehmen setzen wir voraus, dass Norm-geben und Norm-nehmen mit einander übereinstimmen, d. h. Geben und Nehmen auf ein und denselben Normen-Inhalt sich beziehen. (Vgl. Nr. 2, II.) Soweit solche Übereinstimmung nicht vorhanden, soweit m. a. W. die genommene Norm nicht identisch ist mit der gegebenen, soweit kann auch von keinem wahren Vertrage, ja überhaupt von keiner Willenseinigung die Rede sein.

Prinzipiell würde diese Voraussetzung vielleicht am wenigsten Anfechtung erfahren, wenn ich auf jede fernere Ausführung hierüber verzichtete. Thatsächlich würden zunächst die meisten darin nichts erblicken, als eine etwas veränderte Formulierung der schon in Nr. 3 berührten, allgemein anerkannten Wahrheit, dass zu jedem Vertrage Willensübereinstimmung der Parteien erforderlich ist. Allein gerade diese ziemlich sichere Aussicht nötigt mich, vor allem scharf zu betonen, dass ein ganz wesentlicher Unterschied besteht zwischen der gewöhnlichen Auffassung der zuletzt erwähnten, von der gesamten bisherigen Rechtswissenschaft schon gebilligten Wahrheit und unsrer oben hervorgehobenen Voraussetzung.

An die übliche Forderung der Willensübereinstimmung pflegt die Erörterung der Frage geknüpft zu werden: Ist unter „Willensübereinstimmung" nur die Übereinstimmung über die Willenserklärung oder vielmehr auch die volle Übereinstimmung bezüglich des Sinnes dieser Erklärung oder m. a. W. die volle Übereinstimmung des beiderseitigen Parteiwillens selbst (im Gegensatz zur blossen Übereinstimmung der Willenserklärung) zu verstehen? Man darf diese Frage nicht kurzer Hand damit abweisen, dass in allen normalen Fällen die Übereinstimmung über die Willenserklärung auch die Übereinstimmung bezüglich des Sinnes der Erklärung in sich schliesse. Sobald man zugiebt, — und in der That lässt sich dies gar nicht ableugnen, — dass Willenserklärung und wirklicher Wille differieren können, so verlangt auch jene Frage eine sachliche Beantwortung. Die Behauptung, dass die Fälle, in denen diese Möglichkeit thatsächlich in Erscheinung tritt, als bloss abnorme gegen das allgemeine Prinzip nichts zu beweisen

vermöchten, enthält im Grunde nur das stillschweigende Geständnis, dass es der Theorie bisher noch nicht gelungen ist, die Frage in befriedigender Weise zu beantworten.

Dagegen bleibt von unserm Standpunkte aus für die obige Frage in der That kein Raum. Oder wenn man lieber will: Die gedachte Frage ist durch die an die Spitze dieser Nummer gestellten beiden Sätze bereits mitbeantwortet; allerdings nicht zu Gunsten der einen oder andern Alternative, wohl aber — unter stillschweigender Ablehnung einer solchen ausschliessenden Fragstellung — dahin, dass jeder Vertrag als Vertrag oder m. a. W. die Zweiseitigkeit eines Rechtsgeschäfts genau soweit reicht, soweit die Normen, die den Parteien gegeben und genommen werden, als identische anzusehen sind. Hiernach erscheint es zwar ebenfalls als das Normale, d. h. einem allgemeinen Vertrags-Ideale am besten Entsprechende, wenn die gegebenen und genommenen Normen sowohl der Form wie dem damit verbundenen Sinne nach identisch sind. Aber gleichzeitig ist darin doch ausgesprochen, dass auch schon die Identität in der einen oder der andern Beziehung genügt, um von einem — wenn auch im Vergleich mit jenem Ideale unvollkommneren — Vertrage reden zu können. Nur wo weder in der einen, noch in der andern Hinsicht Übereinstimmung zwischen den Parteien besteht, muss das Vorhandensein eines wahren Vertrags schlechterdings verneint werden.

Wir verhehlen uns natürlich nicht, dass die vorstehenden Behauptungen weder die befriedigen können, die allen Nachdruck auf die Willens-Erklärung legen, noch diejenigen, welche umgekehrt allein die wirkliche Intention der Parteien als das Entscheidende betrachten. Im Gegenteil; wie ich oben schon angedeutet habe, richten sich meine Behauptungen gleichmässig gegen beide bisher herrschenden Meinungen. Die eine derselben verwechselt die Rechtsfolgen, die ein superordiniertes bürgerliches Recht an Verträge zu knüpfen pflegt, mit den aus dem Begriff des Vertrags allein zu ziehenden Konsequenzen; die andere unterschätzt die Bedeutung der Willens-Erklärung auch in solchen Fällen, wo bezüglich des Sinnes keine Übereinstimmung besteht.

Sehen wir uns einmal einzeln die vier möglichen Thatbestände an, die für unsre gegenwärtige Erörterung in Betracht

kommen. Der auch von uns gebührend gewürdigte „Normalfall" bedarf keiner besonderen Besprechung; dass überall da ein wahrer Vertrag vorliegt, wo die vom einen Teile gegebenen Normen nicht nur der äussern Erscheinung, sondern auch dem Sinne nach identisch sind mit den vom andern Teile genommenen, wo m. a. W. Erklärung und wirklicher Partei-Wille vollständig übereinstimmen, steht ausser Zweifel. Ebenso dürften die meist gar nicht berücksichtigten Fälle, in denen zwar eine Differenz bezüglich der Partei-Erklärungen, aber trotzdem volle Übereinstimmung der Parteien in der Sache zu konstatieren ist, kaum zu einer Bestreitung der Vertrags-Natur des betreffenden Thatbestandes Anlass geben.[12]) Wohl mag man auch in diesen beiden Fällen die Frage aufwerfen, ob der eingegangene Vertrag als ein Rechtsgeschäft im Sinne eines bestimmten positiven Rechts anzusehen, insbesondere ob den Vorschriften des bürgerlichen Rechts genügt ist, von deren Beobachtung seine Gültigkeit vor den Gerichten eines bestimmten Staates abhängt; aber die Thatsache, dass ein Vertrag vorliegt, sei es immerhin ein verbotener oder bürgerlich ungültiger, wird dadurch nicht aufgehoben. Der Begriff des Vertrages reicht eben insofern — wie nachher (Nr. 10) noch näher darzulegen sein wird — weiter, als der Begriff des zweiseitigen Rechtsgeschäfts; völlig verkannt wird dies auch wohl von keiner Seite.

Mehr Widerspruch dürfte schon unsre Behauptung finden, dass schlechterdings kein Vertrag da anzuerkennen sei, wo weder

[12]) Als Beispiel möge dienen: A und B schliessen mit einander einen schriftlichen Mietvertrag, der in zwei Exemplaren ausgefertigt wird. In dem einen Exemplar, das vom Vermieter A unterschrieben und dem Mieter B ausgehändigt ist, steht als Mietzins 200, in dem andern, vom B unterschriebenen 2000 Mark; aber beide Teile sind beim Austausch der Urkunden einig gewesen, dass er 2000 betragen solle. Hier kann allerdings wegen des Fehlers in dem ersteren Exemplare unter Umständen ein besonderer Beweis der letzterwähnten Thatsache nötig werden; z. B. wenn B stirbt und die Erben sich an die in ihre Hände gelangte Urkunde halten. Aber wenn dieser Beweis geführt ist, so wird niemand bezweifeln, dass wirklich ein Mietvertrag vorliegt, nach welchem 2000 Mark als Mietzins zu zahlen sind. Denn der Sache nach ist hier wirklich beim Vertragsschluss ein und dieselbe Norm gegeben und genommen; nur bei der äusseren Kundgebung derselben hat sich ein Widerspruch eingeschlichen, der gegenüber der Übereinstimmung im Willen selbst bedeutungslos ist.

der Form, noch dem Sinne nach Übereinstimmung zwischen den Parteien bestehe. Zwar diesen Satz selbst wird man kaum offen anzufechten wagen; umsomehr aber die Schlussfolgerungen, die sich für jeden streng logisch Denkenden aus ihm ergeben. Ein bekanntes Beispiel mag dies am besten klar machen: A will dem B 600 Zentner Wolle zu einem bestimmten Zentner-Preise offerieren; der von ihm aufgesetzte Depeschen-Entwurf stimmt damit auch vollständig überein, aber der Telegraphenbeamte fügt aus Versehen noch eine Null hinzu; der B nimmt den Antrag an, wie er ihm zugegangen ist. Kommt hier ein Vertrag zu Stande oder nicht? In unsrer heutigen Wissenschaft besteht entschieden eine gewisse Neigung, diese Frage zu bejahen; ich vermag sie nur zu verneinen. Das Telegramm, das der B. erhalten, und damit auch der Antrag, den er erhalten und angenommen hat, entspricht nicht nur nicht der wahren Intention des A, sondern ist auch gar keine wahre Willens-Erklärung desselben. Besser gesagt: A hat in Wirklichkeit sich niemals bereit erklärt, eine Norm über 6000 Zentner nehmen zu wollen; durch das Versehen des Telegraphisten ist nur der Schein erweckt worden, dass er dies thun wolle. Und ebendarum fehlt es an einem wesentlichen Erfordernis für jeden wahren Vertrag. Eine ganz andere Frage ist, ob A nicht aus einem andern Grunde dem B haftet. Wenn das bürgerliche Recht, von dessen Bestimmungen auch die bürgerliche Wirksamkeit eines wirklich zwischen den genannten Personen geschlossenen Vertrages abhängen würde, unter den im obigen Beispiele angegebenen Voraussetzungen dem B die Vertrags-Klage zubilligt,[13]) so fällt es mir nicht ein, dies als etwas schlechthin Widersinniges bekämpfen zu wollen. Nur das Eine behaupte ich: Eine solche

---

[13]) Bekanntlich weist die neuere Doktrin und Praxis eine starke Strömung in dieser Richtung auf. Auch der § 120 des bürgerlichen Gesetzbuchs verfolgt prinzipiell denselben Gedanken. Allerdings beugt er zugleich allen praktischen Bedenken dagegen vor, indem er ein zwar sachlich und zeitlich beschränktes, aber immerhin ziemlich weit reichendes Anfechtungsrecht konstituiert. Aber eben damit erkennt das Gesetzbuch zugleich an, dass es unter den gedachten Verhältnissen einen wirklichen Vertragsschluss annimmt oder doch den Thatbestand völlig gleich einem solchen — nur eventuell gleich einem anfechtbaren Vertrage — behandelt wissen will.

Entscheidung ist nimmermehr aus dem Begriffe des Vertrags heraus zu begründen, sondern immer bloss aus positiven Vorschriften der für die Parteien ohnehin maassgebenden bürgerlichen Rechte, die in Fällen der bezeichneten Art — trotz dem Mangel eines wahren Vertrags — die allgemeinen Bestimmungen über Verträge oder doch einzelne derselben anzuwenden gebieten. Ob man in solchen Fällen von einem fiktiven Vertrage reden darf, oder nur von einer vertragsähnlichen Haftung ohne vorausgegangenen Vertrag, das hängt ebenso ausschliesslich von dem Inhalte jener bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen ab. Wenn diese dahin gehen, dass gewisse Mitteilungen, wie das vorerwähnte Telegramm, ganz so wie es an den Adressaten gelangt, als Willenserklärung des Aufgebers schlechthin, also auch dann gelten sollen, wenn sie durch die Schuld der unentbehrlichen Mittelsperson entstellt wurden, so wird man in der That von fiktiven Willenserklärungen zu sprechen haben, und daraus folgt dann von selbst die Annahme fiktiver Verträge. Aber an der Hauptsache wird dadurch nichts geändert. Denn auch die fiktiven Verträge sind in Wahrheit nicht Verträge, sondern im günstigsten Falle vertragsähnliche Rechtserscheinungen, die von dem ihnen superordinierten Rechte als Verträge behandelt werden.

Wir kommen zur vierten und letzten Möglichkeit: Es ist formell zweifellos ein und dieselbe Norm gegeben und genommen, aber der Sinn, den Geber und Nehmer damit verbinden, ist ein verschiedener. Wie schon oben bemerkt wurde, gestehe ich hier die formelle Existenz eines Vertrags allgemein zu; und darin widerstehe ich mithin den Anhängern der strengen Willenstheorie. Allein gleichzeitig erkenne ich an, — und damit wende ich mich sachlich noch viel entschiedener gegen die, welche alles Gewicht auf die Willenserklärung legen, — dass der praktische Wert des formell existierenden Vertrags wesentlich durch die Übereinstimmung über den Sinn der gegebenen und genommenen Normen mit bedingt ist. Denn so lange es an der letzteren fehlt, leidet der Vertrag an einem inneren Widerspruche: er kann nicht wirksam werden, wenn der Widerspruch nicht beseitigt wird. Denken wir uns dabei einen Vertrag, der überhaupt nicht in Unterordnung unter ein umfassenderes, die Paciszenten ohnehin bindendes Recht

geschlossen ist, so ist der formell geschlossene Vertrag so lange völlig bedeutungslos, bis sich beide Teile auch über den Sinn verständigt haben, — sei es direkt, sei es durch freiwillige Unterwerfung unter das Urteil eines Dritten. Dasselbe gilt auch da, wo der betreffende Vertrag zwar einem weitere Kreise umfassenden superordinierten Rechte unterstellt erscheint, aber dieses Recht, — wie namentlich das Völkerrecht, — nur im allgemeinen die Verbindlichkeit der ihm subordinierten Verträge anerkennt, ohne besondere Veranstaltungen darzubieten, durch welche eine von dem Willen der Vertrags-Parteien unabhängige Auslegung und Durchführung derartiger Verträge sichergestellt würde. Dagegen hat sich das bürgerliche Recht der Kulturvölker niemals darauf beschränkt, die Verbindlichkeit der Verträge oder doch bestimmter Arten von Verträgen allgemeinhin anzuerkennen und ihre Beobachtung zu gebieten, sondern es trifft auch regelmässig besondere Vorkehrungen, um Streitigkeiten, die aus derartigen zweiseitigen Rechtsgeschäften entspringen mögen, in einer dem Gesamtinteresse der bürgerlichen Gesellschaft entsprechenden Weise zu schlichten. Wo nun ein solches bürgerliches Recht als das einem Vertrage superordinierte erscheint, da folgt aus seinen Einrichtungen, — aber auch nur aus diesen, nicht aus dem Begriffe des Vertrags als solchen, — die Verpflichtung der Vertrags-Parteien, sich unter gewissen, von diesem bürgerlichen Rechte bezeichneten Voraussetzungen eine Beseitigung des im Vertrage enthaltenen Widerspruchs oder m. a. W. eine objektive Entscheidung über den Sinn des Vertrags auch wider die bisherige eigene Auffassung gefallen zu lassen. Und diese Verpflichtung darf sogar allenfalls eine vertragsmässige genannt werden darum, weil die Anwendbarkeit jener Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auf einen bestimmten Vertrag, genauer betrachtet, auf dessen Inhalte selbst beruht. (S. hierüber unten Nr. 10.)

7. Was wir bisher über die für jeden Vertrag notwendige Übereinstimmung von Norm-geben und Norm-nehmen im allgemeinen ausgeführt haben, gilt im besonderen auch für die Übereinstimmung bezüglich der Subjekte des zu begründenden Vertragsverhältnisses oder m. a. W. bezüglich der Personen, die durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet werden sollen.

Die vier verschiedenen Möglichkeiten, die wir in Nr. 6 erörterten, treten uns demgemäss auch hier entgegen. Und zwar sind es wiederum zwei, die keiner weiteren Betrachtung bedürfen: vor allem der Normalfall völliger Übereinstimmung zwischen Normgeber und Norm-nehmer, sowohl der Erklärung, wie der Sache nach; ausserdem aber auch der Fall, wo die Parteien in der Sache so zweifellos übereinstimmen, dass die Mängel der formellen Willenserklärung als offenbar bedeutungslos sich darstellen.[14]) Wohl ist auch in diesen Fällen die Frage nicht auszuschliessen, ob vom Standpunkte des superordinierten Rechts aus ein wahres Rechtsgeschäft in unserm Sinne oder speziell ein Rechtsgeschäft von der bestimmten Art vorliege, wie es seitens der Paciszenten beabsichtigt war; aber das Vorhandensein eines wahren Vertrags würde darum allein, weil diese Frage im gegebenen Falle verneint werden müsste, nicht in Abrede zu ziehen sein.

Umgekehrt kann von einem wahren Vertrage überall da nicht die Rede sein, wo Norm-geber und Norm-nehmer weder ihrer Erklärung, noch ihrer wirklichen Meinung nach über die Subjekte des zu begründenden Rechtsverhältnisses einig sind. Ja, diese Erkenntnis drängt sich noch viel unmittelbarer auf, als die gleiche in dem in Nr. 6 besprochenen analogen Falle, wo sie leicht durch widerstrebende praktische Erwägungen verdunkelt wird. Wenn A auf telegraphischem Wege einen Geschäfts-Antrag an B richtet, der diesem infolge eines Versehens des vermittelnden Beamten als ein Antrag des C zugeht, so vermag die Annahme des Antrags gegenüber dem C[15]) ebensowenig einen Vertrag

[14]) Beispiel: Ein schriftlich abgefasster Kaufvertrag über das Grundstück X bezeichnet als Verkäufer den Karl August Müller, als Käufer den Hermann Gustav Schulze. Wirklich abgeschlossen und unterschrieben ist der Vertrag von zwei Vettern der Vorgenannten, Karl Adolf Müller und Hermann Gottlieb Schulze. Es wird wohl niemand bezweifeln, dass die Differenz in der Bezeichnung der Paciszenten, sofern die an zweiter Stelle erwähnten Thatsachen feststehen, die Existenz des Vertrags zwischen denen, die ihn wirklich schliessen wollten und in der Absicht, sich selbst damit Normen zu geben und zu nehmen, unterschrieben haben, schlechterdings nicht in Frage stellt.

[15]) Man beachte wohl den Zusatz: „gegenüber dem C“. Allerdings erscheint dieser Zusatz als selbstverständlich, wenn man voraussetzt, dass der B

zwischen B und C, wie zwischen B und A zu erzeugen. Ersteres nicht, weil C überhaupt bis dahin weder als Norm-geber noch als Norm-nehmer in Betracht kommt; letzteres nicht, weil die von A und B wirklich gegebenen und genommenen Normen ganz verschiedene Berechtigte und Verpflichtete ins Auge fassen. Auch die praktischen Verkehrsrücksichten, welche im Anschluss an gewisse allgemeinere Rechtsgrundsätze des bürgerlichen Rechts die Gerichtspraxis bestimmen mochten, über sonstige Differenzen zwischen dem Depeschen-Entwurf des Absenders und dem Inhalt der dem Adressaten übermittelten Depesche zu Gunsten des Letztgenannten hinwegzusehen, können ein derartiges Verfahren da nicht rechtfertigen, wo sowohl der Form wie dem Sinne nach gar keine Übereinstimmung bezüglich des berechtigten oder verpflichteten Subjekts vorhanden ist. Ganz davon zu schweigen, dass selbst eine Rechtfertigung solcher Art immer nur zu einem Zugeständnisse vertragsähnlicher Rechtsvorgänge bezw. fiktiver Verträge führen würde, wie wir solches bedingter Weise in Nr. 6 gemacht haben.

Der interessanteste Fall ist auch hier der vierte: Übereinstimmung der Parteierklärungen, in denen ein Norm-geben oder Norm-nehmen zum Ausdruck gelangt, in Bezug auf die Subjekte des zu begründenden Rechtsverhältnisses, bei mehr oder weniger mangelnder Übereinstimmung der wirklichen Willensrichtung der sich gleichmässig erklärenden Parteien. Es liegt auf der

---

gar keinen Anlass hat, eine falsche Bezeichnung des Antragstellers in dem ihm zugegangenen Antrage zu vermuten. Es sind aber doch Umstände denkbar, die dem Antragempfänger den Gedanken nahe legen, dass in dem Telegramm durch Versehen der Name des Absenders entstellt oder verwechselt worden sei; desgleichen Umstände, die zu einem Schluss auf den wirklichen Absender berechtigen. Und wenn nun unter derartigen Umständen der B wirklich das vorgekommene Versehen durchschaut, den A als wahren Absender vermutet und demzufolge ihm, dem A, gegenüber die Annahme des Antrags erklärt hätte, so liegt die Sache natürlich ganz anders, als unter der im Texte angenommenen Voraussetzung. Es würde sich dann überhaupt nicht mehr um einen Fall der dritten Klasse, sondern vielmehr um einen Fall der vorher erwähnten zweiten Klasse — Übereinstimmung in der Sache trotz gewisser Mängel der Parteierklärungen — handeln.

Hand, dass die Beurteilung dieser vierten Gruppe von Fällen bei Anhängern der strengen „Erklärungstheorie" ganz anders ausfallen muss, als bei den Vertretern der strengen „Willenstheorie". Da anderseits keine dieser beiden Theorien, wie man mehr und mehr einsieht, eine wirklich folgerichtige Durchführung verträgt, so erscheint es vom Standpunkte der bisherigen Doktrin überhaupt unmöglich, ein allgemeines Prinzip für eine solche Beurteilung aufzustellen. Dagegen bietet sich von den in Nr. 6 dargelegten Gesichtspunkten aus von selbst eine allgemein durchgreifende, grundsätzliche Lösung.

Ein Vertrag ist danach stets insoweit vorhanden, als die Übereinstimmung der Parteien im Norm-geben und Norm-nehmen reicht; aber an und für sich auch nur insoweit. Fehlt es daher an einem umfassenderen, den Vertragsnormen superordinierten, für die Vertragschliessenden ohnehin bindenden Rechte, — oder beschränkt sich das einschlagende superordinierte Recht, wie beispielsweise das Völkerrecht, im wesentlichen darauf, die Aufrechterhaltung solcher Verträge im allgemeinen zu fordern und allenfalls noch gewisse formelle Rechtsmittel zur Geltendmachung der Vertragsnormen darzubieten, ohne jedoch materiellrechtliche Bestimmungen über deren Auslegung und Anwendung zu geben, — so kann ein Vertrag, der ausschliesslich auf der Übereinstimmung der von den Parteien abgegebenen formellen Erklärungen — ohne gleichzeitige Übereinstimmung der diesen Erklärungen zu Grunde liegenden Parteiwillen — beruht, immer nur dadurch zu einem thatsächlich durchführbaren werden, dass der Widerspruch, welcher zwischen der Erklärung und der wahren Meinung der Paciszenten besteht, durch eine nachträgliche wirkliche Willenseinigung derselben beseitigt wird. Wo dagegen ein superordiniertes Recht, wie insbesondere das bürgerliche Recht eines bestimmten Volkes, besondere Rechtsvorschriften darüber enthält, wie Verträge von einer derartigen mangelhaften Gestaltung von den Vertragsparteien und entsprechend von dem Prozessrichter behandelt werden sollen, da hängt auch die Beurteilung unsers vorliegenden Falles wesentlich von dem Inhalte dieser Bestimmungen ab. Und zwar können die Motive, aus denen diese Bestimmungen geflossen sind, ebensowohl ethische, als wirtschaftliche, überhaupt höchst ver-

schiedener Art sein; keinesfalls jedoch genügen dazu allgemeine Erwägungen über den Vertrags-Begriff.

Verdeutlichen wir diese abstrakten Sätze durch ein naheliegendes Beispiel. Eine Ehe ist geschlossen zwischen Ernst Werner und Marie Weber, unter Beobachtung aller gesetzlichen Formen, aber von dem Erstgenannten in der irrigen Voraussetzung, dass er statt der wirklich anwesenden Mitkontrahentin vielmehr deren gleichnamige Kousine sich gegenüber habe. Vom Standpunkte der strengen Willenstheorie ist hier gar kein Vertrag, also auch keine Ehe zu Stande gekommen; vom Standpunkte der strengen Erklärungstheorie liegt umgekehrt ein an und für sich durchaus verbindlicher Eheschliessungs-Vertrag vor, dessen etwaige Anfechtbarkeit immer nur auf besondere positive Rechtsvorschrift zurückzuführen ist. Nach unsrer Auffassung sind beide Annahmen falsch. Wohl stimmen wir mit der zweiten darin überein, dass auch wir in dem geschilderten Vorgange einen wirklichen Vertragsabschluss erblicken. Aber dieser wirklich vorhandene Vertrag besteht nur in der rein äusserlichen Übereinstimmung der gegebenen und genommenen Norm und erscheint darum nur dann realisierbar, wenn der Widerspruch, der zwischen dem äusserlichen Norm-geben oder Norm-nehmen und der in Wahrheit gewollten Norm besteht, auf irgendwelche Weise beseitigt wird. Erscheint der Vertrag schlechthin nur auf die Anerkennung der Parteien gestellt, ist er also ohne alle Rücksicht auf ein umfassenderes, superordiniertes Recht zu beurteilen, so kann die Beseitigung des Widerspruchs stets nur dadurch erfolgen, dass die fragliche Partei nachträglich ihren Willen mit ihrer Erklärung in Einklang bringt. Praktisch zu ziemlich demselben Ziele führen die Bestimmungen des bürgerlichen oder kirchlichen Eherechts, als des dem Eheschliessungsvertrage superordinierten Rechts, nach welchen unter den angegebenen Verhältnissen die Existenz eines Vertrags an und für sich anerkannt, gleichzeitig aber dieser Vertrag als anfechtbar erklärt wird. Allein ganz abgesehen von dem nicht unerheblichen Unterschiede, dass hiernach regelmässig, insbesondere nach unserm heutigen bürgerlichen Rechte, die Anfechtung nur im Wege des Prozesses — öfters auch nur innerhalb bestimmter Frist — geltend gemacht werden darf, liegt der zureichende Grund

für eine derartige Stellungnahme der betreffenden superordinierten Rechte sicherlich nicht in dem Vertragsbegriffe, den sie im allgemeinen voraussetzen, sondern in der Überzeugung, dass gerade diese Behandlung der Sache dem Eheschliessungsvertrage angemessen sei. Für andere Verträge kann daher ganz wohl eine andere Behandlung zweckmässiger, z. B. eine sofortige vollständige Bindung der Parteien an ihre formell übereinstimmende Erklärung angezeigt sein. Nicht als wenn in diesen Fällen über den Widerspruch zwischen Erklärung und wirklichem Willen zu Gunsten der ersteren einfach hinwegzusehen wäre; aber es können ausreichende Gründe vorliegen, diesen Widerspruch dadurch aufzuheben, dass der darin befindlichen Partei durch eine dem Vertrage superordinierte Rechtsvorschrift zur Pflicht gemacht wird, ihren Willen mit ihrer Erklärung in Übereinstimmung zu bringen, eventuell auch für Rechtsvorschriften, nach welchen die Erfüllung dieser Pflicht im Weigerungsfalle vom Richter kurzweg zu fingieren ist.[16])

8. An dem Abschluss eines Vertrags, will sagen an der betreffenden Normensetzung müssen — in der einen oder

---

[16]) Nehmen wir z. B. an: A tritt in das Geschäft des C und macht bei diesem mehrere Einkäufe, immer in der Meinung, in Wahrheit mit B, dem Besitzer eines benachbarten Geschäfts, das ihm von D empfohlen ist, zu kontrahieren. Wenn hier nicht besondere Nebenumstände in Betracht kommen, wird schon nach der bisherigen gemeinrechtlichen Praxis und ebenso nach § 119 des bürgerlichen Gesetzbuchs, das mit glücklichem Griff den Nachdruck darauf legt, ob die irrtümlich vorausgesetzten Eigenschaften der in Frage kommenden Personen oder Sachen wesentlicher Art sind, der thatsächlich zwischen A und C abgeschlossene Vertrag als völlig bindend anzusehen sein. . . . Anders liegt die Sache, wenn der Zweck der Einkäufe ausschliesslich oder doch ausgesprochenermaassen darauf gerichtet war, gerade den B zu unterstützen, oder wenn etwa gar der C den A wissentlich in seinem Irrtum bestärkt hat. . . . Überhaupt nicht hierher, sondern in die vorher erörterte Klasse III würde der Fall gehören, wenn die Kaufverträge schriftlich abgeschlossen und darin statt des wirklich mithandelnden C der B ausdrücklich als Verkäufer bezeichnet wäre. Denn von einem Vertrage zwischen A und C kann hier darum nicht die Rede sein, weil weder die Erklärung noch der wirkliche Wille des A auf einen Vertrag mit dem C gehen; von einem Vertrage zwischen A und B aber natürlich noch viel weniger, da B überhaupt gar keine Erklärung abgegeben hat.

andern Weise, als Norm-geber oder Norm-nehmer — alle diejenigen beteiligt sein, für welche die gesetzten Normen Geltung haben sollen. (Nr. 2, III.)

Im allgemeinen ist diese Wahrheit so wenig bestritten, dass ich auf eine längere Ausführung wohl verzichten darf. Nur einiger Rechtsvorgänge, die bei oberflächlicher Betrachtung im Widerspruch hiermit zu stehen scheinen, werden wir billig gedenken, obgleich auch in Bezug auf sie die bisherige Rechtswissenschaft bereits in der Hauptsache die richtige Lösung gefunden hat. Sie lassen sich m. E. bequem unter zwei Hauptgesichtspunkte bringen: Vertragsabschluss durch Stellvertreter (im weitesten Sinne) und Verträge zu Gunsten Dritter.

Bei allen Rechtsvorgängen, die wir als Vertragsabschlüsse durch Stellvertreter bezeichnen dürfen, liegt in der Subsumtion unter diesen Begriff schon eine grundsätzliche Anerkennung des Satzes, dass der durch einen Vertrag zu Berechtigende oder zu Verpflichtende an dem Vertragsschluss selbst als Norm-geber oder Norm-nehmer beteiligt sein müsse. Denn das Wort „Stellvertretung" deutet ja gerade darauf hin, dass als wahrer Teilnehmer an dem Akte des Vertragsabschlusses nicht der Vertreter, sondern vielmehr die „durch ihn handelnde" Partei aufgefasst wird. Eine andere Frage ist, ob diese Auffassung als eine den wirklichen Sachverhältnissen völlig entsprechende oder ob sie nicht mehr oder weniger nur als eine Fiktion anzusehen ist. Je nach der Verschiedenheit der Fälle, die unter den Begriff der Vertragsschliessung durch Stellvertreter zu bringen sind, wird die Antwort darauf verschieden lauten müssen. Wo der Vertrag nur gültig ist zufolge der nachfolgenden Genehmigung des Vertretenen, wie bei der freien Stellvertretung ohne Auftrag,[17]) da kann die vollgenügende reale Beteiligung des Vertretenen am Vertragsabschlusse gar keinem Zweifel unterliegen; denn der Genehmigungsakt stellt sich offenbar als ein Geben und Nehmen aller der Normen dar, die den Inhalt

[17]) Von den Ausnahmefällen, wo der Negotiorum gestor ohne sein Wissen vom Vertretenen bei seinem Mitkontrahenten bevollmächtigt ist, — vgl. Lenel, „Stellvertretung und Vollmacht", in Iherings Jahrbüchern Bd. 36, S. 16 ff., — darf ich hier absehen.

des Vertrags bilden.[18]) Auch wo der Stellvertreter kontrahiert auf Grund eines Spezialauftrags, wird man — vorausgesetzt natürlich, dass er sich streng an den Auftrag gehalten hat, — selten Bedenken tragen, die vom Stellvertreter gegebenen und genommenen Vertragsnormen als zugleich von dem Vertretenen wirklich gegeben und genommen zu erachten. Genauer betrachtet jedoch steht die Sache nicht anders, als bei einer Stellvertretung auf Grund einer umfassenderen, insbesondere einer sogen. General-Vollmacht. Wohl erscheint hier der Vertretene kraft seiner in der Vollmacht gegebenen Erklärung, also kraft einer von ihm selbst genommenen Norm, als verpflichtet, die von dem Vertreter gegebenen und genommenen Vertragsnormen gleichwie von ihm selbst gegebene und genommene anzuerkennen. Und wir können daher in wesentlich demselben Sinne, wie wir dies früher wiederholt gethan (vgl. z. B. Bd. I, S. 46, 108—114), von einer indirekten Anerkennung dieser Normen reden. Allein indem das superordinierte bürgerliche Recht, ohne die Erfüllung dieser Verpflichtung seitens des Vertretenen, ja auch nur dessen Kenntnisnahme von dem geschlossenen Vertrage abzuwarten, unmittelbar mit dem Geben und Nehmen der Normen durch den Stellvertreter eben diese Normen auch als von dem Vertretenen gegeben und genommen ansieht, bedient es sich in der That bereits einer — wie nahe immer liegenden — Fiktion.[19]) In noch viel höherem Maasse gilt das

---

[18]) Die herrschende Meinung behandelt die „Genehmigung“ als ein selbständiges Rechtsgeschäft und zwar als ein einseitiges. Von unserm Rechtsgeschäftsbegriff aus verbietet sich diese Auffassung mindestens im gegenwärtigen Falle von selbst. Denn wo die Genehmigung für die Gültigkeit des vom Vertreter geschlossenen Vertrags wesentlich ist, da bildet sie offenbar keine besondere Normensetzung, sondern nur eine Rechtshandlung, die mit andern Rechtshandlungen — hier des freiwilligen Vertreters und des Gegenparts — zusammen Eine Normensetzung, eben das Eine Rechtsgeschäft des Vertrags konstituiert.

[19]) Hieraus ist nicht etwa der Schluss zu ziehen, dass jede indirekte Anerkennung eine Fiktion in sich schliesse. Wohl habe ich selbst zugegeben (Bd. I, S. 46, 108—114), dass die bloss indirekte Anerkennung einer Norm immer nur eine Art idealer Anerkennung sei oder, genauer gesagt, nur ein kurzer Ausdruck für die Thatsache, dass die Anerkennung der betreffenden Norm die logisch notwendige Konsequenz einer andern, realen und direkten Normen-Anerkennung sei. Aber so lange man dieses Zugeständnisses eingedenk

freilich bei den verschiedenen Fällen notwendiger Stellvertretung. Wenn der Vormund eines Geisteskranken „im Namen dieses seines Mündels“ einen Vertrag abschliesst, da kann von einem wirklichen Norm-geben und Norm-nehmen seitens des letzteren sicherlich nicht die Rede sein. Trotzdem behandelt unser bürgerliches Recht einen solchen Vertrag als einen von dem Mündel selbst, nur durch das notwendige Medium des Vormundes abgeschlossenen.[20])

bleibt und den Ausdruck „indirekte Anerkennung“ demgemäss verwendet, liegt niemals eine Fiktion vor. Wenn daher in dem hier interessierenden Falle das superordinierte Recht sich in den gleichen Grenzen hielte und sich mit dem Ausspruche begnügte: wegen Norm-gebens oder Norm-nehmens des Stellvertreters solle der Vertretene gebunden sein, die gegebenen oder genommenen Normen gleichwie von ihm selbst gegebene oder genommene für sich anzuerkennen, — so würde auch infolge der Stellvertretung keine Fiktion zu konstatieren sein. Allein genauer betrachtet wäre dann überhaupt nicht mehr von einem Vertragsschluss durch Stellvertreter, sondern immer bloss von einer Anerkennungspflicht der Vertretenen in Bezug auf die von Stellvertretern abgeschlossenen Verträge zu reden. Indem unser bürgerliches Recht nicht die Stellvertreter, sondern unmittelbar die Vertretenen als die Paciszenten auffasst, hält es jene Grenzen eben nicht ein, bedient sich vielmehr — bewusst oder unbewusst — der Fiktion, dass in oder mit dem Stellvertreter der Vertretene selbst thätig sei.

[20]) Man kann nicht etwa sagen: der Vertrag werde zwar geschlossen vom Vormunde, begründe aber nur Rechte und Pflichten für den Bevormundeten. Nicht als wenn ich leugnen wollte, dass ein bürgerliches Recht diesen Weg gehen könnte; aber unser Recht ist ihn nicht gegangen. Es behandelt den Vertrag, den der Vormund im Namen des Mündels abschliesst, nicht als einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, sondern als einen Vertrag, bei dem als wahrer Paciszent der gilt, in dessen Namen er abgeschlossen wurde. Dass hierin eine Fiktion liegt, — auch wo man die Bevormundeten selbst nicht als bloss halb-fiktive Rechtssubjekte ansehen will, — das soll mir niemand abstreiten. Beiläufig möge aber hier auch die Kritik, die man gerade wegen meiner Behauptung, dass Kinder und Geisteskranke nur halb-fiktive Rechtssubjekte seien, gegen mich geübt hat, eine kurze Zurückweisung erfahren. Zunächst muss es auffallen, dass niemand auch nur versucht hat, die Gründe, die ich für meine Auffassung angeführt habe, zu widerlegen. Man hat sich begnügt, die Auffassung selbst als eine „seltsame Verirrung“ oder mit irgend einer andern ähnlichen Redensart einfach bei Seite zu schieben. Bequemer ist das gewiss; aber doch wohl kein Gegenbeweis. Demnach muss ich mich selbst fragen, woher es kommt, dass meine Auffassung, von deren Richtigkeit ich gerade in diesem Falle so entschieden überzeugt bin, wie nur von irgend einer wissenschaftlichen Erkenntnis, doch

Bei den Verträgen zu Gunsten eines Dritten ist umgekehrt weder von einer wirklichen noch von einer fiktiven Beteiligung des Dritten am Vertragsabschlusse die Rede. Aber es bedarf hier auch gar nicht einer solchen. Handelt es sich bloss um einen „Vertrag auf Leistung an einen Dritten", durch welchen

---

Andern solchen Anstoss geben kann. In der That möchte ich glauben, dass hier mehrere Motive nebeneinander wirksam sind. Fürs erste ein allgemeineres: die sehr schwer zu überwindende Vorliebe für eine Jahrtausende alte, volkstümlich naive und auch zweifellos in vielfacher Hinsicht bequeme Anschauung. Wenn man bedenkt, wie wenig es noch heute den meisten Leuten einleuchten will, dass wir im täglichen Leben aller Augenblicke gewisse Fiktionen gebrauchen, indem wir von Farbe, Klang, Geschmack u. s. w. ganz so reden, als wenn dies Eigenschaften der Dinge ausser uns oder gar selbst Dinge wären, wiewohl es in Wahrheit nur Eigenschaften der Erscheinungsbilder der Dinge in uns oder m. a. W. Ausdrücke für die verschiedenen Sinnesempfindungen sind, die jene von uns vorausgesetzten Dinge in uns hervorrufen, — so kann es auch nicht Wunder nehmen, dass in unsrer Juristenwelt bis jetzt nur sehr wenig Verständnis vorhanden ist für unsre Behauptung, dass in der Behandlung der Geisteskranken und Kinder als Rechtssubjekte stets eine Fiktion stecke. Dazu kommen aber wohl noch besondere Missverständnisse und vor allem die Scheu, mit einem bestimmten Begriffe von „Rechtssubjekt" völlig Ernst zu machen und demgemäss mit ihm und nur mit ihm überall und folgerichtig zu operieren. Es ist ja sicherlich möglich, einen Rechtssubjektsbegriff aufzustellen, unter welchen auch Kinder und Geisteskranke ohne weiteres, also ohne jede Fiktion, fallen. Man braucht nur auszusprechen, dass unter „Rechtssubjekt" überhaupt alles zu verstehen sei, was irgend ein positives Recht als Subjekt (Inhaber) von Rechten oder Pflichten behandelt. Aber dann muss man auch sofort zugeben: 1) dass von diesem Standpunkte aus zu einer Unterscheidung zwischen natürlichen und fingierten Rechtssubjekten überhaupt kein Anlass ist; 2) dass von den „Rechtssubjekten" streng zu trennen sind die „Rechtsgenossen", d. h. diejenigen, in welchen das betreffende positive Recht allein lebendig ist, als Recht wirklich existiert; 3) dass derselbe Gegensatz an jedem einzelnen Rechtsverhältnisse sich beobachten lässt. Verwirft man dagegen eine so weite, inhaltlich völlig nichtssagende Begriffsbestimmung und geht unmittelbar von der Wortbildung „Rechtssubjekt" aus, so kommt es vor allem darauf an, ob man dabei mit uns an Subjekte von Rechtsverhältnissen oder nur an Subjekte von Rechten im Gegensatz zu Subjekten von Rechtspflichten denkt, und weiter, was man unter „Rechten" im subjektiven Sinne versteht. Für mein Teil habe ich offen ausgesprochen, — sogar die Überschrift des fraglichen Abschnitts des ersten Buches weist hierauf hin, — dass ich unter „Rechtssubjekten" im allgemeinen alle „Subjekte von Rechtsverhältnissen" verstehe, oder m. a. W. sowohl die Subjekte von Rechts-

der Dritte selbst gar keinen Anspruch auf Erfüllung erhält, dann giebt es überhaupt keine Abweichung von andern Verträgen. Die „Verträge zu Gunsten Dritter“ im engeren Sinne dagegen, d. h. diejenigen, an deren Abschluss als unmittelbare Rechtsfolge die Entstehung eines Rechtsanspruchs für den Dritten selbst geknüpft

---

ansprüchen als von Rechtspflichten. Danach können als Rechtssubjekte im natürlichen begriffsmässigen Sinne immer nur diejenigen angesehen werden, welche wirklich in Rechtsverhältnissen stehen, wirklich Rechtsansprüche und Rechtspflichten haben. Und ebendarum sind Geisteskranke und Kinder (mindestens in den ersten Entwickelungsstadien) nicht Rechtssubjekte im vollen begriffsmässigen Sinne. Denn wirklich in einem Rechtsverhältnisse stehen, wirklich einen Anspruch und eine Pflicht haben kann immer nur, wer als lebendige geistige Persönlichkeit am Rechtsleben teilzunehmen vermag. Wie könnte der wahrhaft einen Rechtsanspruch haben, der überhaupt nichts als Recht anzusprechen, keinen Anspruch zu erheben, ja auch nur zu begreifen vermag? Wie könnte jemand Pflichten haben, wo niemand Erfüllung dieser Pflichten von ihm erwarten darf? Wer das Gegenteil annehmen zu dürfen glaubt, bewegt sich, ohne es zu merken, fortwährend in Fiktionen. Etwas anders liegt allerdings die Sache, wenn man die Subjekte von Rechtspflichten ganz bei Seite lässt und den Ausdruck „Rechtssubjekt“ auf die Subjekte von Rechten im subjektiven Sinne beschränkt, — namentlich, wenn man gleichzeitig das Wesen des subjektiven Rechts in einem blossen Dürfen findet. Denn für ein rein Negatives, wie das blosse Erlaubtsein oder Nichtverbotensein, kommt es auf irgend welche geistige Fähigkeit in der That nicht an. Allein ganz abgesehen von dem, was gegen jene Auffassung des subjektiven Rechts zu sagen ist, führt die gegenwärtige Schlussfolgerung daraus auch noch zu andern Widersprüchen. Einmal ist es doch unleugbar, selbst für die, welche das Dürfen als eine besondere Art oder Funktion des subjektiven Rechts festhalten, dass der Begriff des subjektiven Rechts dadurch keinesfalls erschöpft wird; für den als Anspruch oder sonstwie zu charakterisierenden Rest bleibt also das oben Gesagte bestehen, und sofern man auch Kindern und Geisteskranken subjektive Rechte zuspricht, die sich nicht im Erlaubtsein erschöpfen, existieren solche Rechte eben wiederum nur in den Köpfen Anderer, die sie jenen bloss beilegen. Anderseits erscheint es schliesslich auch als ein Widerspruch, von einem erlaubten-Handeln oder Handelndürfen zu reden, wo man den fraglichen Subjekten überhaupt die Fähigkeit wahrhaft zu handeln aberkennt. Und zu mehr oder weniger den gleichen Widersprüchen führen auch alle andern Definitionen des subjektiven Rechts, vor allem die Bezeichnung desselben als „Willensmacht“. Denn wie kann man von einer wahren Willensmacht einer Person reden, die gar nicht im stande ist, diese Willensmacht auszuüben? In Wahrheit ist die dennoch behauptete Willensmacht immer nur eine angedichtete.

erscheint, sind genauer betrachtet — entweder gar nicht Verträge oder doch nicht blosse Verträge. Das Erstere wäre anzunehmen, wenn durch den rein äusserlichen Vertragsakt und entsprechend durch das superordinierte bürgerliche Recht die wirklich handelnden Personen gegen einander überhaupt nicht berechtigt und verpflichtet werden sollten; in Wahrheit läge dann nur ein von Mehreren vollzogenes, in Vertragsform eingekleidetes, einseitiges Rechtsgeschäft vor. Das Zweite trifft zu, wenn die Absicht der Handelnden darauf geht, nicht nur die Paciszenten selber zu berechtigen und zu verpflichten, sondern auch dem Dritten unmittelbar einen Rechtsanspruch, und zwar einen selbständig durchführbaren, zu geben. Es ist bereits von Andern mit Grund bemerkt worden, dass in diesem Falle der Vertrag, der zwischen den am Abschlusse handelnd beteiligten Parteien begründet ist, gleichzeitig die Wirkung eines kraft bestimmter Rechtsvorschrift verbindlichen einseitigen Schuldversprechens, also eines einseitigen Rechtsgeschäfts habe. Nur mag es vielleicht nicht ganz überflüssig sein, hinzuzufügen, dass sich die gleiche Beobachtung, dass ein Vertrag ausser als Vertrag auch noch über den Kreis der Parteien hinaus, und darum insofern als einseitiges Rechtsgeschäft wirksam wird, auch noch an andern Arten von Verträgen machen lässt. Vor allem gehören hierher die mancherlei dinglichen Verträge, die ausser den Kontrahenten selbst in besränkterem Grade die gesamten Privatrechtsgenossen, mithin dem Umfange nach ganz ähnlich verbinden, wie ein Spezialgesetz, durch welches konkrete dingliche Rechte geschaffen werden. In gewissem Sinne mag man hier auch aller Verträge zwischen mehreren Staaten gedenken, die nicht bloss Normen für das Verhältnis von Staat zu Staat, sondern auch Normen für Verhältnisse der verschiedenen Staatsangehörigen innerhalb der betreffenden Staaten aufstellen. In der That zeigen dieselben einen analogen doppelten Rechtscharakter: sie sind zuvörderst Verträge zwischen den Staaten selbst, haben aber zugleich Gesetzes-Natur gegenüber den zu ihnen gehörigen Staatsgenossen. Doch ist dabei nicht zu vergessen, dass ihnen diese zweite Eigenschaft immer erst infolge eines besonders hinzutretenden weiteren Rechtsgeschäfts — in Gemässheit der Verfassung des betreffenden einzelnen Staates — zukommt, da das

Völkerrecht kein dem Rechte der einzelnen Staaten superordiniertes Recht ist, aus welchem eine Gesetzes-Natur der Staatsverträge innerhalb der einzelnen Staaten unmittelbar abzuleiten wäre.[21])

9. Wir wiederholen: Wer Subjekt des zu begründenden Vertragsverhältnisses werden soll, muss als Norm-geber oder Norm-nehmer an dem Vertragsabschlusse selbst beteiligt sein. Dieser Satz darf jedoch keineswegs umgekehrt werden. Eine Beteiligung dritter Personen an dem Vertragsabschlusse, m. a. W. eine Mitwirkung von solchen, die nicht als Partei, d. h. als Subjekte des zu begründenden Rechtsverhältnisses in Betracht kommen, ist in ausgedehntem Maasse als möglich anzuerkennen; ja, in nicht seltenen Fällen erscheint eine derartige Mitwirkung Dritter sogar als eine vom superordinierten Rechte gestellte Bedingung für die Gültigkeit des Vertrags als Rechtsgeschäft.

Je nach dem besonderen rechtlichen Charakter, der dieser Mitwirkung eignet, lassen sich zwei Hauptgruppen von Fällen unterscheiden.

Die eine Art der Mitwirkung besteht in irgendwelcher Unterstützung oder Vertretung der einen oder andern Partei in ihrem Norm-geben oder Norm-nehmen. Welche Bedeutung speziell der „Vertretung einer Partei“ in dieser Hinsicht zukommt, ist schon in Nr. 8 erörtert worden. Hier bleibt nur hinzuzufügen, dass in gleich mannigfacher Weise auch ein Wirken dritter Personen mit und neben den selbsthandelnden Parteien beim Vertrags-

---

[21]) Bei dieser Mahnung ist nicht etwa übersehen, dass der Staatsvertrag als Vertrag von Staat zu Staat dem Völkerrechte subordiniert ist, und dass demgemäss die Erfüllung des Vertrags als solchen, zu welcher unter den angegebenen Voraussetzungen auch die Durchführung seiner Bestimmungen innerhalb der einzelnen Staaten gehört, also insbesondere die Herbeiführung des hierzu ganz allgemein erforderlichen weiteren Rechtsgeschäfts, völkerrechtliche Pflicht ist. Aber so lange diese Pflicht nicht erfüllt ist, haben die Vertragsbestimmungen jedenfalls keine Geltung für die Unterthanen der im Vertragsverhältnis stehenden Staaten. Das Völkerrecht wie es ist, eben weil es nur den Staatsverträgen als Verträgen zwischen den Staaten selbst, nicht aber dem Einzelstaatsrecht dieser Staaten superordiniert ist, bietet keine Handhabe, um dem Inhalte des Staatsvertrags unmittelbar Wirksamkeit innerhalb der einzelnen Staaten zu sichern. Vgl. Anm. 33 zu § 25 a. E.

abschluss denkbar ist, das wir im allgemeinen als eine „Unterstützung“ der Parteithätigkeit kennzeichnen dürfen. Diese Unterstützung ist freilich häufig ohne alle eigentlich juristische Bedeutung; so z. B. die Mitwirkung eines Anwalts beim Entwerfen des Vertrags, die im gegebenen Falle für dessen richtige Formulierung und angemessene Sicherstellung höchst wertvoll sein kann, aber als solche nichtsdestoweniger rechtlich völlig unerheblich ist. Es fehlt jedoch auch nicht an Fällen, in denen die Unterstützung eine juristisch erhebliche ist. Man denke z. B. an die Zustimmung des Ehemannes zu den Verträgen der Frau, die „auctoritatis interpositio“ des Tutors, wie die Genehmigung des Vormundes oder Kurators zu den vom Mündel selbst geschlossenen Verträgen, desgleichen die ausnahmsweise hierzu noch notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, den Konsens der Eltern oder des militärischen Vorgesetzten bei Eheschliessungen, die Einwilligung der Agnaten zur Veräusserung von Fideikommissgütern, u. ä. m. Der Grund, aus welchem das Recht eine solche Unterstützung der einen oder andern Partei fordert, kann übrigens ein mehrfacher sein. Schon einige der angeführten Beispiele deuten darauf hin, dass es durchaus nicht bloss das Interesse der betreffenden Partei ist, dem damit gedient werden soll; nicht selten ist es auch — daneben oder gar ausschliesslich — das Interesse der dritten Personen selbst, das durch die Rechtsvorschrift geschützt wird, dass der Vertrag nur dann gültig sein soll, wenn er ihre Unterstützung findet. Noch unmittelbarer tritt dies in anderen Fällen hervor, z. B. bei der Einwilligung des Hypothekengläubigers in den Verkauf von Teilstücken des belasteten Grundstückes.

Die zweite Hauptart der Mitwirkung hat einen mehr oder minder autoritativen Charakter, indem darin der Gehorsamsanspruch des superordinierten Rechts oder richtiger gesagt des Gemeinwesens, dessen Rechtsordnung ersteres darstellt, in eigentümlicher Weise zum Ausdruck gelangt. Mit dem Zusatze „mehr oder minder“ ist bereits angedeutet, dass das Maass von Energie, mit welchem dieser autoritative Charakter sich geltend macht, wiederum ein sehr verschiedenes sein kann. Am höchsten erscheint es da, wo die Mitwirkung beim Vertragsschlusse in einer ausdrücklichen Sanktion, zumal nach vorausgegangener Sachprüfung, besteht,

wie u. a. bei dem Zusammensprechen der Brautleute durch den Standesbeamten oder bei der Eintragung der Auflassung im Grundbuch, insbesondere nach solchen Rechten, welche vor der Eintragung eine richterliche Prüfung des materiellen Rechtsverhältnisses fordern. In diesem Falle wird man geradezu von einem besonderen Norm-geben des Gemeinwesens in Beziehung auf die von den Parteien gegebenen und genommenen Vertragsnormen reden dürfen. In allen andern Fällen dient die fragliche Mitwirkung nur dazu, die Verbindlichkeit der Vertragsnormen als dem Rechte des Gemeinwesens untergeordneter Normen in der einen oder andern Richtung hervorzuheben oder sicher zu stellen. So bei der blossen förmlichen Konstatierung oder Beglaubigung des Vertrags durch richterliches oder notarielles Protokoll; so bei der in gewissen Fällen, z. B. früher öfter bei der Interzession von Frauen und namentlich Ehefrauen, vorgeschriebenen Rechtsbelehrung durch den Richter. Gemeinsam ist jedenfalls allen in die gegenwärtige Gruppe gehörigen Rechtsvorgängen die Thatsache, dass die Mitwirkenden irgendwie Organe eines superordinierten Gemeinwesens sind. Nur ist dabei nicht zu übersehen, dass die Thätigkeit solcher Organe zugleich unmittelbar gewissen Parteizwecken, z. B. der Vertretung einer Partei — man denke nur an die Vertretung der veräussernden Partei bei der Zwangsversteigerung — dienen kann, und dass es auch öffentliche Organe giebt, die unter bestimmten Voraussetzungen ausschliesslich zur Wahrnehmung der Interessen einer Partei, also gar nicht zu dem vorerörterten allgemeinen Zwecke berufen sind, wie beispielsweise das Vormundschaftsgericht bei Erteilung der Genehmigung zur Eheschliessung des Mündels.

10. Die letzten Erörterungen in Nr. 9 haben uns bereits zu dem Punkte zurückgeführt, dem wir nach allem, was wir schon an andern Stellen darüber zu sagen hatten, schliesslich noch eine allgemeinere, zusammenfassende Betrachtung widmen müssen. In Nr. 2, IV, ist als viertes wesentliches Merkmal jedes zweiseitigen Rechtsgeschäfts hervorgehoben, dass die darin gesetzten Normen in Unterordnung unter ein den Vertrags-Parteien gemeinsames, superordiniertes Recht gewollt sind. Und zwar ergab sich uns dieses Merkmal un-

mittelbar aus unserm Rechtsgeschäfts-Begriff überhaupt. Denn wie wir in § 22, Nr. 3 und 5 dargelegt, besteht uns das Wesen des Rechtsgeschäfts — im Gegensatz zu allen möglichen andern Arten von Rechtshandlungen und insbesondere zur Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung — gerade in einer Setzung subordinierter Rechtsnormen, d. h. in einer Normensetzung in Unterordnung unter irgendwelche bereits als geltend vorausgesetzte Rechtsnormen, die ihrerseits die Beobachtung aller solchergestalt gesetzten Normen fordern.

Hieraus folgt von selbst, dass der Begriff des zweiseitigen Rechtsgeschäfts enger ist, als der Begriff des Vertrags. Wohl sind alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte Verträge, nicht aber umgekehrt. Ein Vertrag ist vorhanden, wo die drei ersten in Nr. 2 aufgeführten Forderungen erfüllt sind; als zweiseitiges Rechtsgeschäft ist er nur zu kennzeichnen vom Standpunkte eines superordinierten Rechtes aus, dem die Vertragsnormen nach dem Willen der Parteien untergeordnet sind. Wo es an einem solchen superordinierten Rechte gänzlich fehlt, da kann von Rechtsgeschäften, also auch von zweiseitigen, überhaupt nicht die Rede sein; wo wenigstens feststeht, dass ein Vertrag einem bestimmten positiven Rechte nicht subordiniert ist, da ist er wenigstens kein Rechtsgeschäft vom Standpunkte dieses bestimmten Rechts aus.

Allerdings müssen wir uns hüten, bei dem Worte „superordiniertes Recht“ immer an ein umfassenderes, d. h. nicht auf den Kreis der Paciszenten selbst beschränktes und bereits vor dem Vertragsschlusse bestehendes Recht zu denken. Um ein dem Vertrage superordiniertes Recht anzunehmen, kann es, wie wir namentlich in § 21, Nr. 13 und 15 dargelegt haben, auch schon genügen, die einzige Norm: „Verträge sollen gehalten werden!“ als eine seitens der Vertrags-Parteien selbst anerkannte Gemeinschaftsnorm aufzuzeigen. Diese Anerkennung braucht auch keineswegs notwendig schon vor dem Vertragsabschlusse vorhanden zu sein; es reicht aus, wenn sie gleichzeitig mit ihm vorhanden ist. Ebensowenig ist es nötig, die so anerkannte grundlegende Norm als Inhalt eines besonderen, dem Vertragsverhältnisse selbst superordinierten Rechtsverhältnisses aufzufassen. Können wir doch auch sonst öfters Rechtsnormen

verschiedener Ordnung innerhalb eines und desselben Rechtsverhältnisses unterscheiden; warum sollte es unzulässig sein, die Vertragsnormen einerseits und die obige, bei ihrer Setzung vorausgesetzte, superordinierte Norm anderseits ganz ebenso zum Inhalte eines einzigen Rechtsverhältnisses zu rechnen, wie wir dies mit den Verfassungsnormen und den auf Grund derselben erlassenen Gesetzen und allgemeinen Verordnungen eines Staates oder mit dem Grundstatut und den in Gemässheit desselben ergangenen Beschlüssen eines Vereins zu thun pflegen?[22])

Wir müssen ferner auch hier darauf hinweisen, dass an den vorbemerkten Thatsachen nicht notwendig schon dadurch etwas

[22]) Der Unterschied zwischen einem superordinierten Rechte, das bloss von den Paciszenten selbst anerkannt wird, und einem „umfassenderen" superordinierten Rechte gewinnt seine eigentümliche praktische Bedeutung namentlich bei der Frage nach der Rechtsverbindlichkeit der Konkordate im Vergleich mit der Rechtsverbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge. In dem Abschlusse eines Konkordats offenbart sich — sofern man nicht einen Betrug seitens des Staates oder der Kirche annehmen will — stets zugleich die Anerkennung eines Rechtsgrundsatzes, dass Verträge solcher Art verbinden. So lange anderseits beide Teile an diesem Rechtsgrundsatze festhalten, erscheint auch die fortdauernde Anerkennung des einzelnen Konkordats gesichert. Allein die superordinierte Norm hat hier für die katholische Kirche einen etwas andern Wert als für den mit ihr kontrahierenden Staat. Für erstere stellt sie notwendig ein „umfassenderes Recht" dar, sofern sie folgerichtig dieselbe nicht bloss einem oder dem andern Staate gegenüber anerkennen kann, sondern, wenn überhaupt, allen Staaten gegenüber anerkennen muss; giebt sie den Grundsatz in Beziehung auf einen einzigen Staat auf, so ist er auch in Bezug auf alle andern in Frage gestellt. Das Konkordat hat also vom kirchlichen Standpunkte aus juristisch die gleiche Bedeutung, wie ein Staatsvertrag vom Standpunkte des Völkerrechts, — wenigstens so lange die Kirche die Macht nicht in sich fühlt, die Verbindlichkeit aller Konkordate von sich abzulehnen. Dagegen bildet für jeden Staat das Verhältnis zur katholischen Kirche ein Unikum; so gewiss die verbindliche Kraft eines einzelnen bestimmten Konkordats auch von ihm nur bestritten werden kann auf Grund einer veränderten Rechtsanschauung über die Kraft solcher Verträge überhaupt, so gewiss hat hier das Aufgeben der bisher anerkannten superordinierten Norm gar keine über das fragliche Einzelkonkordat hinausgehenden Konsequenzen, da analoge Verträge zwischen dem Staate und andern Kirchen nicht vorzukommen pflegen. Und eben darin besteht vom Standpunkte des Staates aus der wesentliche Unterschied zwischen Konkordaten und völkerrechtlichen Verträgen.

geändert wird, dass die betreffenden Vertragsnormen sich dem Rechte einer umfassenderen Gemeinschaft, welcher die Parteien als Genossen angehören, „subsumieren“ lassen. Vielmehr kann auch unter dieser Voraussetzung die einfache Partei-Anerkennung die ausschliessliche Grundlage des Vertrags und die Aussicht auf eine zukünftige Subsumtion der Vertragsnormen unter das umfassendere Recht von vornherein gar nicht oder doch nur als ein Nebenerfolg berücksichtigt sein. Auf der andern Seite ist zwar zuzugeben, dass die Fälle einer solchen blossen „Subsumierbarkeit“ von Rechtsnormen thatsächlich meist auf andern Gebieten liegen, als auf dem der Verträge und zumal der Privatverträge. Allein prinzipiell werden wir daran festhalten müssen, dass auch die „Subordination“ eines Vertrags unter ein umfassenderes Recht, insbesondere auch die Subordination der Privatverträge unter dieses oder jenes bürgerliche Recht durch den Willen der Vertrags-Parteien selbst bedingt ist.

Man wird uns vielleicht entgegnen: Giebt es nicht doch Fälle, ja sogar ziemlich häufig vorkommende Fälle, in denen bei der einen oder andern Partei zweifellos nicht der Wille vorhanden ist, den eigenen Willen den Normen einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft, speziell den Forderungen des bürgerlichen Rechts unterzuordnen, und trotzdem sein Wille allseitig als Vertragswille und der betreffende Vertrag nicht minder als ein Rechtsgeschäft eben dieses bürgerlichen Rechts aufgefasst wird? Und wenn dem so wäre, dürfen wir dann — so müssen wir uns sofort weiter fragen — überhaupt noch an unsrer Forderung festhalten, dass die Vertragsnormen, wenn sie als Rechtsgeschäftsnormen vom Standpunkte eines umfassenderen, insbesondere eines bestimmten bürgerlichen Rechts gelten sollen, als eben diesem Rechte subordinierte gewollt sein müssen?

Ich stehe nicht an, beide Fragen zu bejahen, nur in verschiedenem Sinne. Es giebt ja in der That Fälle, in denen ein positives Recht und entsprechend Doktrin und Praxis ganz unbedenklich von Verträgen reden, obgleich der Wille der einen oder andern Partei offenbar nicht auf Subordination unter das fragliche umfassendere Recht gerichtet ist. Wer einen Gegenstand nebst Preisangabe und Zahlungsersuchen zugesendet erhält und

diesen Gegenstand sich aneignet in der Meinung, sich dadurch dem Absender in keiner Weise zu verpflichten, (aus Missverstand des richtigen Grundsatzes, dass er nicht zur Rücksendung verpflichtet ist,) der hat sicherlich nicht den Willen, einen Kaufvertrag nach Maassgabe des bürgerlichen Rechts einzugehen. Trotzdem werden es Viele, auch ohne positive Rechtsvorschrift, für selbstverständlich erachten, dass dem Absender die Kaufklage zusteht. Und diese Behandlung des vorliegenden Rechtsvorgangs hat auch wirklich ihren guten Sinn; der vollkommen handlungsfähige Privatrechtsgenosse, der mit einer zum Kauf angebotenen Sache so verfährt, wie er erst nach Annahme des Kaufantrags und der ihm damit gegebenen Norm berechtigt wäre, verdient von dem Rechte der betreffenden Privatrechtsgemeinschaft ganz ebenso als Verpflichteter behandelt zu werden, wie wenn er thatsächlich den ihm angebotenen Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Nur darf man sich nicht einbilden, dass darum der fragliche Rechtsvorgang ein wahrer Vertrag, ein wahres zweiseitiges Rechtsgeschäft wäre. Und ebendarum beweist der Fall gar nichts gegen unsre Ansicht von der Notwendigkeit der Willens-Unterordnung im Vertrage als einem Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts. Völlig anders sind allerdings gewisse, äusserlich sehr ähnlich aussehende Fälle zu beurteilen, wo schon bei dem an sich unleugbaren Vertragsschlusse die eine oder andere Partei fest entschlossen ist, die ihrer Erklärung entsprechende Verpflichtung nicht zu erfüllen. So wenig man hier behaupten darf, dass sich die betreffende Partei gar nicht habe verpflichten wollen, so wenig ist die Unterordnung dieses Verpflichtungswillens unter ein umfassenderes Recht bloss darum in Abrede zu ziehen, weil sich damit unmittelbar der Gedanke verbunden hat, sich dieser Verpflichtung dauernd zu entziehen. Gewiss liegt in dieser Verbindung ein eigentümlicher Widerspruch; aber der Widerspruch trifft nicht unsre Auffassung der Sache, sondern er besteht in dem Paciszenten selbst. Wer auch nur eine Ahnung hat, was „Versprechen“ heisst und was der Wille der Rechtsgenossen von jedem Versprechenden fordert, der weiss auch, dass sein ohne besondere Einschränkung innerhalb des Genossenkreises abgegebenes Versprechen ihn in Gemässheit des Gemeinschaftswillens bindet. Hat er also mit Bewusstsein das Versprechen

abgegeben, so hat er auch die entsprechende vertragsmässige Verpflichtung und zwar in Unterordnung unter das fragliche umfassendere Gemeinschaftsrecht gewollt. Dass er trotzdem gleichzeitig Nichterfüllung des Versprechens wollen kann, ist eine Konsequenz der Willensfreiheit; dass er aber dadurch den Einklang des Wollens und damit des Geisteslebens überhaupt stört, beweist ihm unter normalen Verhältnissen schon sein Gewisssen... Wiederum anders gestaltet sich das Bild, wenn wir Fälle ins Auge fassen, wo nicht der norm-nehmende, sondern vielmehr der norm-gebende Teil nicht den Willen zu haben scheint, die gegebene Norm einem umfassenderen Rechte unterzuordnen. Doch das Schlussresultat ist dasselbe: Auch sie beweisen schlechterdings nichts gegen unsre Auffassung und dienen daher vielmehr zu deren Bestätigung. Wenn beispielsweise jemand seinem Freunde ein Darlehn giebt mit der Maassgabe: Du sollst mir das Geld erst zurückgeben, sobald du dies deinen Umständen nach für angemessen erachtest! oder gar unter Hinzufügung eines ausdrücklichen Versprechens, niemals von irgendwelchen Rechtsmitteln des bürgerlichen Rechts behufs Wiedererlangung des Geldes Gebrauch machen zu wollen, so liegt in Wahrheit nur ein Darlehnsvertrag vom Standpunkte der Partei-Rechtsanschauung, nicht aber im Sinne des bürgerlichen Rechts vor. Wollte das letztere trotzdem dem Darlehnsgeber die Darlehnsklage zugestehen, so wäre sie jedenfalls nicht als eine wahre Vertragsklage, sondern vielmehr als eine Klage behufs Geltendmachung eines unverzichtbaren, selbst durch Vertrag nicht zu beseitigenden Rechtsanspruchs auf Rückgabe dahingegebenen Geldes — etwa ähnlich wie die Klage auf Rückgabe formwidrig geschenkten Geldes — aufzufassen. Wäre freilich statt des hier vorausgesetzten ausdrücklichen Versprechens, durch das die Subordination des Vertrags unter das bürgerliche Recht wirklich ausgeschlossen wird, bloss eine im Geiste des Darlehngebers vorhandene, aber unausgesprochen gebliebene Absicht zu konstatieren, so würde diese wesentlich ebenso zu beurteilen sein, wie der oben erörterte, unmittelbar beim Vertragsabschluss vorhandene Entschluss des Schuldners, seine Schuld nicht zu zahlen. Das will sagen: die Subordination des Vertrags unter das bürgerliche Recht wird durch die blosse Absicht, von dessen

Mitteln keinen Gebrauch zu machen, nicht ausgeschlossen; im Gegenteil, das Verschweigen der so gearteten Absicht spricht dafür, dass der Vertrag an sich bürgerlich gültig sein soll. Nur behält sich der Darlehnsgeber stillschweigend vor, von seinem Forderungsrechte später keinen Gebrauch zu machen; ein Vorbehalt, der in diesem Falle (abweichend von dem obigen) nicht einmal im Widerspruch steht mit dem Subordinationswillen an sich.

Nach alledem bleibt nur die praktisch äusserst wichtige Frage: Wann ist ein solcher Subordinationswille in Beziehung auf ein bestimmtes Recht als vorhanden anzunehmen?

Eine ausdrückliche Benennung des Rechts, dem ein Vertrag subordiniert sein soll, wird sich in den Vertragsnormen selbst nur in verhältnismässig sehr seltenen Fällen finden. Trotzdem wird m. E. über die Richtung des Willens der Parteien in der Regel kein Zweifel aufkommen können. Besonders klar tritt dieselbe zu Tage, wo die Parteien eine autoritative Mitwirkung dritter Personen in Anspruch genommen haben; denn wie wir bereits in Nr. 9 auszuführen hatten, liegt hier schon in der Art der Mitwirkung und in der Stellung der Mitwirkenden der unwiderlegliche Beweis für die Unterordnung unter ein ganz bestimmtes positives Recht. Ähnlich liegt die Sache, wo von Genossen einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft ein Vertrag abgeschlossen wird in Formen, die gerade dem Rechte dieser Gemeinschaft charakteristisch sind. Aber auch abgesehen von dem letzterwähnten Falle wird die Thatsache, dass die Paciszenten Genossen einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft sind, deren Recht Verträge solcher Art für verbindlich erklärt,[23]) eine starke

[23]) Wo das Recht der umfassenderen Gemeinschaft, z. B. das Privatrecht eines bestimmten Staates, dem die Vertragsparteien als Staatsgenossen angehören, keine Sanktion für Verträge einer gewissen Art enthält, — sei es, dass es solche geradezu verbietet, sei es, dass es ihnen nur wegen Nichtbeobachtung bestimmter Formvorschriften oder aus irgend einem andern Grunde die Anerkennung auf seinem Gebiete versagt, — da kann von einer Subordination der Vertragsnormen und demgemäss auch von einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte im Sinne dieses umfassenderen Rechts gar nicht die Rede sein. Vielmehr ist dann nur ein Doppeltes denkbar. Entweder ist der Vertrag trotz der Unmöglichkeit, ihn dem Rechte der umfassenderen Gemeinschaft zu subsumieren, ja sogar mit dem Bewusstsein dieser Unmöglichkeit, wahrhaft

Vermutung dafür begründen, dass der abgeschlossene Vertrag diesem Rechte subordiniert sein soll;[24]) es sei denn, dass der entgegengesetzte Wille der Parteien sich besonders nachweisen lässt. Ganz im allgemeinen ergiebt sich uns diese Vermutung schon aus einer Analyse unsrer gewöhnlichsten Alltagserfahrungen. Wir wissen alle sehr wohl zu unterscheiden zwischen Verabredungen im Freundesverkehr und solchen im bürgerlichen Rechtsverkehr. Gleichviel nun, ob man dem ersteren bloss moralischen Wert oder eine rechtliche Bedeutung auf Grund eines ausschliesslich von den Freunden selbst (für ihr Verhältnis untereinander) anerkannten superordinierten Rechts zusprechen will, — in der Praxis wird dies auf ziemlich dasselbe hinauskommen, — jedenfalls ist uns bei den Verabredungen der zweiten Art, abgesehen von leicht erkennbaren Ausnahmefällen, der Gedanke fremd, dass wir uns dadurch in zwiefacher Weise, einmal nur von Person zu Person, das andere Mal auf Grund des bürgerlichen Rechts verpflichten wollten. Die Anerkennung der bindenden Kraft des Vertrags seitens der Parteien geht vielmehr hier vollständig auf in der Anerkennung des den gleichen Grundsatz sanktionierenden bürgerlichen Rechts als von Genossen gegenüber Genossen. Und ebendarum pflegt bei diesen Geschäften des bürgerlichen Alltagsverkehrs auch der ungebildete Mann regelmässig nur insoweit an Vertragsrechte und Vertragspflichten zu denken, als solche durch das bürgerliche Recht garantiert werden. Bei den meisten Ver-

---

gewollt: dann liegt ein selbständiger, bloss auf die gemeinsame Anerkennung der Parteien gegründeter Vertrag vor. Oder er ist umgekehrt mit der nicht realisierbaren Absicht gewollt, dass seine Normen auch auf dem Boden des bürgerlichen Rechts gültig, also dem vorausgesetzten superordinierten Rechte subordiniert sein sollen; dann fehlt ihm gerade infolge dieser Unterwerfung jede bindende Kraft und damit überhaupt die Natur eines wahren Vertrags.

[24]) Der Begriff des „Genossen" ist hierbei sogar im weitesten Sinne genommen. Insbesondere sind als Staatsgenossen, für welche die im Texte aufgestellte Vermutung gelten muss, nicht bloss die eigentlichen Staatsbürger oder Staatsangehörigen anzusehen, sondern schlechthin alle, die das Recht eines bestimmten Staates im allgemeinen für sich als gültig anerkennen, z. B. auch alle die, so durch bewussten Aufenthalt im Staatsgebiet thatsächlich dem Rechte dieses Staates sich unterworfen bezw. dieses Recht für sich in Anspruch genommen haben. (Vgl. Bd. I, S. 120 ff., 209 f., 322.)

trägen findet übrigens unsre Vermutung noch eine besondere Bestätigung dadurch, dass der mit ihnen verfolgte mittelbare Zweck, ja oft schon die von den Parteien gebrauchten Worte oder doch die dabei vorausgesetzten Rechtsbegriffe mehr oder weniger deutlich auf das Recht der umfassenderen Rechtsgemeinschaft als auf die stillschweigend vorausgesetzte Grundlage des Vertrags hinweisen. Ich nenne beispielsweise Verträge, die sich selbst unter den im bürgerlichen Rechte üblichen Namen, u. a. als Darlehns- und Leihvertrag, als Kauf oder Miete einführen; desgleichen Verträge, durch welche bestimmte privatrechtliche Verhältnisse, wie Eigentum, Niessbrauch, Realservituten, Pfandrecht u. s. w. begründet werden sollen. In allen solchen Fällen liegt die Subordination des Vertrags unter das Recht der umfassenderen Rechtsgemeinschaft geradezu auf der Hand. Höchstens dann könnte dies — wenigstens auf den ersten Anblick — fraglich erscheinen, wenn die Parteien gleichzeitig mehreren umfassenderen Rechtsgemeinschaften als Genossen angehören, deren Recht gleichmässig eine Subsumtion der betreffenden Verträge erlaubt. Genauer betrachtet jedoch trifft auch hier unsre obige Vermutung zu; nur eben folgerichtig zugleich für beide Rechtsgemeinschaften. So wird man insbesondere überall, wo die Ehegatten derselben Kirche angehören, im Mangel von besonderen Gegenbeweisgründen ohne weiteres annehmen dürfen, dass die Ehe, zu deren Abschlusse es (wie z. B. noch heute in Schottland und Nordamerika) weder nach staatlichem noch nach kirchlichem Rechte einer besonderen Solennität bedurfte, von Anfang an mit der Absicht eingegangen ist, eine sowohl bürgerlich wie kirchlich gültige Ehe zu schliessen. Noch klarer tritt diese doppelte Subordination natürlich hervor, wo Staat und Kirche den Eheschliessungsvertrag an besondere Formen binden und diese Formen dann wirklich beobachtet sind; aber unmittelbar ausgeschlossen erscheint sie auch nur da, wo bei dem Eheschliessungsakte eine vom Staate oder von der Kirche aufgestellte Bedingung der Gültigkeit nicht erfüllt ist. Dieser Ausschluss folgt eben mit Notwendigkeit aus der Erkenntnis, dass ein Thatbestand, in welchem es an der Erfüllung einer Bedingung fehlt, an die ein gewisses positives Recht die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts innerhalb seines Bereiches bindet, gar nicht als dem

fraglichen Rechtsgeschäfts-Begriffe und darum auch nicht als den daran geknüpften Normen jenes Rechts subsumierbar, geschweige denn als ihm subordiniert gelten kann. Wohingegen die gedachten Gültigkeitsbedingungen erfüllt und demgemäss der Vertrag im allgemeinen — in unserm Falle also der Eheschliessungsvertrag — dem Rechte verschiedener Rechtsgemeinschaften, denen die Paciszenten gleichzeitig angehören, subsumiert werden kann, da wird unsre Vermutung (für die gewollte Subordination unter die mehreren Rechte zugleich) selbst durch die Thatsache nicht aufgehoben, dass diese mehreren Rechte in der Bestimmung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts sich teilweise widersprechen. Vielmehr kann die letztere Thatsache immer nur Anlass zu einer besonderen Untersuchung bieten, was im gegebenen Falle der wirkliche Sachverhalt sei: ob aus dem Widerspruch der supersumierbaren Rechte auf die Absicht der Subordination unter eines derselben ausschliesslich — entweder bezüglich des ganzen Rechtsverhältnisses oder nur in dem durch den Widerspruch gebotenen Umfange — zu folgern sei, oder ob etwa doch selbst in diesem Falle eine vollständige zwiefache Subordination vorliege, getragen von dem Gedanken, dass die in gewissen Punkten sich widersprechenden Rechte dennoch dem ihnen Unterworfenen die Möglichkeit gewähren, beiden gleichzeitig, je in seinem Gebiete, gerecht zu werden. Dass die letzterwähnte Art zwiefacher Subordination sogar auf gewissen Gebieten die Regel bildet, beweist wiederum das Eherecht. Es kann wohl kaum zweifelhaft sein, dass unsre gläubigen Katholiken ihre Ehen in der Voraussetzung einzugehen pflegen, dass sie sowohl die Vorschriften des bürgerlichen, wie die des kirchlichen Eherechts erfüllen zu können hoffen.[25])

---

[25]) Dass diese Vorstellung spätere Gewissenskonflikte nicht ausschliesst, versteht sich von selbst. Aber wo dergleichen vorkommen, bestätigen sie bei näherer Betrachtung nur die Richtigkeit der ausgesprochenen Ansicht: sie entspringen gerade daraus, dass sich die Ehegatten gleichzeitig an zwei Rechte gebunden sehen, die sie doch in der inzwischen eingetretenen Lage nicht mehr gleichmässig befolgen können.

§ 24.

Als einseitiges Rechtsgeschäft bezeichnen wir jedes einseitige Norm-geben oder Norm-nehmen, sofern der gegebenen oder genommenen Norm durch ein ihr superordiniertes Recht bereits im voraus die rechtlich bindende Kraft gesichert ist.

Eine Verbindung von Norm-geben und Norm-nehmen in ein und demselben Geschäft ist auch hier nicht ausgeschlossen; vorausgesetzt nur, dass beides ausschliesslich von Einer Seite her erfolgt.

1. Vergleichen wir die vorstehende Begriffsbestimmung mit unserer Begriffsbestimmung vom zweiseitigen Rechtsgeschäfte, insbesondere mit der Vorführung der vier wesentlichen Merkmale in § 23, Nr. 2, so kommen wir leicht zu vier parallel gehenden Wahrnehmungen:

I. Zum einseitigen Rechtsgeschäfte genügt ein blosses Norm-geben oder Norm-nehmen.

II. Auch da, wo im einzelnen Falle ein einseitiges Rechtsgeschäft beides in sich vereinigt, stellt es sich immer nur als Norm-geben und Norm-nehmen von ein und derselben Seite dar.

III. Alle einseitigen Rechtsgeschäfte stimmen darin überein, dass mindestens ein Teil derer, für welche die dadurch gesetzten Normen gelten sollen oder m. a. W. ein Teil der Subjekte des Rechtsverhältnisses, das durch das Rechtsgeschäft begründet oder verändert werden soll, nicht an dem Geschäfts-Akte selbst beteiligt ist.

IV. Das superordinierte Recht, aus welchem allein die rechtliche Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts abzuleiten ist, muss jedenfalls schon vor dem Vollzug des Rechtsgeschäfts vorhanden sein.

Der Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften, auf welchen der zuletzt erwähnte Punkt hindeutet, beschränkt sich darauf, dass damit für einseitige Rechtsgeschäfte die Möglichkeit einer gleichzeitigen Entstehung des superordinierten Rechts verneint wird, wogegen sie für zweiseitige Rechtsgeschäfte mit den bereits früher dargelegten Einschränkungen zuzugeben ist.

Ungleich erheblicher ist der Gegensatz, den die Sätze I—III kennzeichnen. Während nämlich die entsprechenden drei Sätze in § 23, Nr. 2 das zweiseitige Rechtsgeschäft als diejenige Form des Rechtsgeschäfts charakterisieren, darinnen die beiden Arten der Rechtsanerkennung, welche die zwei Seiten jedes Rechtsverhältnisses ausmachen, unmittelbar in die Erscheinung treten, bringen die gegenwärtigen drei Sätze zum Ausdruck, dass in dem einseitigen Rechtsgeschäfte stets nur die Eine Seite des dadurch zu begründenden oder zu verändernden Rechtsverhältnisses unmittelbar zur Erscheinung gelangt. Das will sagen: Wo das zu begründende oder zu verändernde Rechtsverhältnis ein einseitiges ist, da kann das zur Begründung oder Veränderung dienende einseitige Rechtsgeschäft immer nur in einem Norm-geben oder in einem Norm-nehmen bestehen.[1]) Wo umgekehrt das Rechtsverhältnis ein zweiseitiges ist, also jedes der darin vereinigt erscheinenden Subjekte gleichzeitig berechtigt und verpflichtet werden oder eine Veränderung in diesen wechselseitigen Rechten und Pflichten eintreten soll, da kann das einseitige Rechtsgeschäft, welches eine solche Rechtswirkung hervorbringen soll, zugleich als Norm-geben und Norm-nehmen auftreten, jedoch so, dass dieses Norm-geben und Norm-nehmen immer nur der Einen Seite des Verhältnisses, d. h. den auf den einen Teil der Verhältnis-Subjekte vereinigten Ansprüchen und Pflichten entspricht. Ausserdem mag schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, dass ein und dasselbe einseitige Rechtsgeschäft gleichzeitig für die Begründung und Veränderung verschiedener Rechtsverhältnisse von Bedeutung sein und alsdann bezüglich des einen als ein Norm-geben, bezüglich des andern als ein Norm-nehmen sich darstellen kann. Der oben aufgestellte Satz III endlich bildet eine unabweisliche Folge der vorausgehenden.

---

[1]) Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass ein einseitiges Rechtsverhältnis, ja sogar ein ganz gleiches, nicht auch durch Vertrag begründet oder aufgelöst oder verändert werden könnte. Allein wenn die Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines einseitigen Rechtsverhältnisses durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt, — auch die Veränderung nicht etwa eine Umwandelung des Rechtsverhältnisses in ein zweiseitiges in sich schliesst, — so gilt nur das im Texte ausgesprochene Entweder-Oder.

2. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Rechtsgeschäfte, deren wesentlichen Inhalt ein Norm-geben bildet, in weitaus überwiegendem Maasse uns entgegentreten auf dem Boden von Rechtsverhältnissen, die sich irgendwie als Herrschaftsverhältnisse kennzeichnen. Etwas anders ausgedrückt: Wo einem einseitigen Norm-geben unmittelbar bindende Kraft innewohnt, da ist diese regelmässig zurückzuführen auf einen allgemeineren Anspruch auf Gehorsam, wie er gerade das charakteristische Merkmal der Herrschaftsverhältnisse darstellt. In der That ist jeder rechtsverbindliche „Befehl" zugleich Geltendmachung eines Gehorsamsanspruchs in Richtung auf das im Befehle gesetzte Objekt.

Eine hervorragende Rolle spielen demgemäss die Rechtsgeschäfte des einseitigen Norm-gebens in dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Vor allem gehört hierher zweifellos das „Gesetz" im Sinne unsers heutigen Staatsrechts. Die Gesetze unsrer konstitutionellen Staaten und modernen Republiken sind nicht minder einseitige Rechtsgeschäfte, als die von absoluten Monarchen erlassenen: Norm-geber die Staaten selbst oder, wenn man lieber will, die in ihrem Namen und als ihre Organe fungierenden Personen oder Körperschaften; Adressaten die einzelnen Staatsgenossen, seien es alle insgesamt oder nur bestimmt qualifizierte.[2]) Es macht auch keinen Unterschied, ob der Inhalt ein öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher ist. Wohl begründen alle wahren Privatrechtsgesetze — nach ihrer eigenen Intention und in Anknüpfung an das durch jede direkte Anerkennung von Privatrechtsnormen gegebene Rechtsverhältnis aller Privatrechtsgenossen untereinander — niemals bloss Pflichten der Staatsgenossen gegen den Staat, sondern stets zugleich Pflichten und demgemäss auch An-

---

[2]) Es ist heute wohl nicht nötig, noch besonders nachzuweisen, dass das konstitutionelle Gesetz kein Vertrag zwischen dem Monarchen und dem Volke ist; schon die Eingangsworte unsrer Gesetze legen gegen die Vorstellung, dass sie Verträge seien, Zeugnis ab. Eher könnte man vielleicht versucht sein, den Gesetzen der republikanischen Staaten, namentlich solcher, in denen nicht Repräsentanten des Volks, sondern alle Vollbürger zur thätigen Teilnahme an der Gesetzgebung berufen sind, einen vertragsähnlichen Charakter zuzuerkennen; aber bei näherer Betrachtung trifft diese Charakteristik auch hier nicht zu. Wir kommen auf diesen Punkt in Nr. 5 zurück.

sprüche der Staatsgenossen gegeneinander. Allein darüber darf doch nicht übersehen werden, dass diese Bindung von Genossen gegenüber Genossen vermittelt wird durch die formell gesetzliche Bindung aller Privatrechtsgenossen als Staatsgenossen gegen den Staat selbst, wie sie den Privatrechtsgesetzen mit allen übrigen Gesetzen gemeinsam ist.[3]) Ebensowenig liegt ein Grund vor, von dem uns hier ausschliesslich interessierenden Gesichtspunkte aus zu unterscheiden zwischen formellen und materiellen Gesetzen.[4]) Ob oder wie weit dabei etwa ausser dem Norm-geben auch ein einseitiges Norm-nehmen seitens des Staates in Frage kommen kann, wird unten in Nr. 4 zu erörtern sein. Aber nur wenn es wahr wäre, dass es formelle Gesetze gebe, die überhaupt keine Normensetzung zum Inhalt hätten, würde ich zugeben müssen, dass unser heutiger konventioneller Sprachgebrauch „Gesetze" kenne, die nicht den einseitigen Rechtsgeschäften beizuzählen seien;[5]) und von der Richtigkeit dieser Voraussetzung habe

---

[3]) M. a. W.: Jedes Privatrechtsgesetz hat einen zwiefachen Charakter; vermöge seiner Form schafft es Normen öffentlich-rechtlicher Natur, ihrem Zwecke nach dagegen sind diese Normen bestimmt, Verhältnisse der Staatsgenossen untereinander zu regeln, und sie drücken demzufolge, zumal vom Gesichtspunkte der mit dem Gesetze sich verbindenden Anerkennung seitens der Staatsgenossen selbst, Ansprüche und Pflichten derselben gegeneinander als Mitglieder der im Staate vereinigten bürgerlichen Gesellschaft aus. Vgl. § 9, Nr. 4 a. E. (Bd. I, S. 156).

[4]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass die hier berührte Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Gesetzen nicht zu verwechseln ist mit der Unterscheidung zwischen Gesetzen im engeren und weiteren Sinne, wie sie schon der älteren Jurisprudenz bekannt war und auch nach dem Sprachgebrauche unsrer heutigen Quellen (z. B. Strafgesetzbuch § 2, E.-G. z. Civ.-P.-O. § 12, E.-G. z. Str.-P.-O. § 7) nicht wohl zu entbehren ist. Die letztere Unterscheidung hat für unsere gegenwärtige Erörterung höchstens insofern Bedeutung, als wir danach deren Gegenstand genauer als „das Gesetz im engeren Sinne" bezeichnen könnten. Dagegen hängt die noch verhältnismässig junge Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Gesetzen aufs engste mit der neuerdings viel besprochenen Kontroverse zusammen, ob es „Gesetze" giebt, die bloss der Form halber, nicht aber dem Inhalte nach als Gesetze zu prädizieren sind.

[5]) Dass innerhalb zahlreicher Gesetze gelegentlich Sätze vorkommen, die nicht Normen, also auch nicht Rechtsnormen darstellen, wird kein Mensch bestreiten. Allein abgesehen davon, dass man in der Annahme solcher Sätze

ich mich wenigstens bis jetzt noch nicht zu überzeugen vermocht. Dass auch instruktionelle Vorschriften und Verwaltungsgrundsätze „Rechtsnormen“ sind, sofern sie in Unterordnung unter irgendwelches superordinierte Recht aufgestellt werden und demgemäss rechtsverbindliche Kraft haben, unterliegt von unsrer Grundanschauung aus gar keinem Zweifel; höchstens möchte hinzuzufügen sein, dass es meist bloss relativ bestimmte und zwar von möglicherweise sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus so bestimmte Rechtsnormen sind, wie dies übrigens in der Hauptsache schon aus unsern Erörterungen in § 5, Nr. 3 (Bd. I, S. 79—86) sich ergiebt.[6])

öfters zu weit geht, indem man den wirklichen Normencharakter gewisser Sätze, der auch ein bloss partieller sein kann, völlig verkennt (vgl. unten Anm. 6), wird doch dadurch die juristische Natur des ganzen Gesetzes so lange nicht in Frage gestellt, als sich darin auch wahre Rechtsnormen finden. Denn jeder Gesetzes-Inhalt, der sich nicht irgendwie als Rechtsnorm charakterisiert, hat in Wahrheit gar keine rechtliche, also auch keine formell-gesetzliche Bedeutung. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob es Aussprüche der Gesetzgebungsfaktoren giebt, die sich selbst als „Gesetze“ einführen, auch sonst allen Anforderungen, die die Verfassung an die Form der Gesetze stellt, gerecht geworden sind, und dennoch keine Rechtsnormen, d. h. von unsrer Grundauffassung aus — wonach zweifellos jede einer Rechtsnorm subordinierte Norm schon darum allein wiederum Rechtsnorm ist — überhaupt gar keine Normen zum Inhalt haben; nur in diesem Falle läge auch für uns eine Nötigung vor, auf Grund der betreffenden Verfassung und des von den Gesetzgebungsfaktoren selbst beliebten Sprachgebrauchs von Gesetzen zu reden, die in der That bloss der Form nach Gesetze sind.

[6]) Eine andere Frage ist es allerdings, inwieweit derartige Instruktionen und Verwaltungsvorschriften als „Rechtsnormen“ oder „Rechtssätze“ im Sinne der bisher herrschenden Doktrin und namentlich nach dem Sprachgebrauche unsrer heutigen deutschen Gesetzgebung anzusehen sind. . . Nach der Auslegung, die das Reichsgericht dem § 376 der Str.-P.-O. (speziell in Anwendung auf § 266, Abs. 3 in Entscheid. VI, S. 27) gegeben hat, sind all die Sätze unsrer Prozessgesetze, in welchen das Wort „sollen“ vorkommt, als bloss instruktionelle oder Ordnungsvorschriften aufzufassen, nicht als „Rechtsnormen“. Für mein Teil halte ich diese Auslegung für falsch; die Entstehungsgeschichte der Str.-P.-O. bietet keinen Anhalt, dass der Ausdruck „Rechtsnorm“ in so verengter Bedeutung gebraucht sei, und der an sich richtige praktische Gedanke, der jener Entscheidung zu Grunde liegt, würde einen völlig zureichenden Ausdruck in dem Zugeständnisse finden, dass ein Urteil niemals auf einer Verletzung solcher Rechtsnormen beruhen könne, die sich nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes deutlich als für die

Wesentlich dasselbe gilt von dem Inhalte derjenigen Gesetze, durch welche ausnahmsweise ein Rechtsstreit entschieden, die Ermächtigung zur Aufnahme einer Anleihe oder zur Vornahme sonstiger Privatrechtsgeschäfte erteilt, der Staatshaushalts-Etat festgestellt oder

---

Urteilsfällung unwesentliche charakterisieren. Aber auch angenommen einmal, die fraglichen Sätze seien gar nicht Rechtsnormen im Sinne unsrer deutschen Justizgesetze, welche Bedeutung haben sie dann wirklich? Seligmann in seiner Schrift über den „Begriff des Gesetzes im mat. und form. S." (Berlin, 1886, S. 41, Anm. 2) hat ihnen nicht nur den Rechtsnormen-Charakter, sondern überhaupt jeden Befehls-Charakter abgesprochen und sie demgemäss als blosse „Wünsche" des Gesetzgebers hingestellt. Wäre diese Ansicht begründet, so würden unsre heute oft sehr überlasteten Richter in der Lage sein, sich durch die grundsätzliche Nichtberücksichtigung dieser „blossen Wünsche" eine nicht unerhebliche Erleichterung zu verschaffen, ohne dass man ihnen eine Verletzung ihrer Amtspflicht vorwerfen dürfte. Dass dies unmöglich die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein kann, hat wohl auch das Reichsgericht schwerlich verkannt. Indem es in der Vorschrift über die Gründe der Strafzumessung bloss eine „Ordnungsvorschrift" sieht, hat es sicherlich nicht deren Rechtsverbindlichkeit schlechtweg und die Begründung von Amtspflichten durch dieselbe, sondern immer nur die Ableitung von Parteienrechten aus dieser Vorschrift ablehnen wollen. Dann liegt aber in unserm Sinne eine wahre Rechtsnorm vor, ja sogar eine Rechtsnorm, deren Übertretung unter Umständen disziplinarisch zu ahnden ist. . . Ganz ähnlich steht es mit den instruktionellen Vorschriften in den §§ 120, 121, 122, 230 u. a. der Civ.-P.-O.; nur dass hierin umgekehrt Rechtspflichten der Parteien gesetzt sind, auf deren Erfüllung ausschliesslich der Gegner Anspruch hat, und auch dies bloss mit der Wirkung, dass er im Falle ihrer Verletzung nachträgliche Erfüllung, sowie nötigenfalls Vertagung des Verhandlungstermins auf Kosten des säumigen Teils fordern kann. . . Über die Bedeutung von „Verwaltungsvorschriften" im allgemeinen, sowie über die Rechtsnormen-Qualität der in Gesetzen enthaltenen wirklichen oder vermeintlichen Verwaltungsvorschriften hat m. E. das Beste Hänel in seinen Studien zum deutschen Staatsrecht (II, 2) gesagt. Mit guten Gründen hält er an der älteren Ansicht (vgl. Kritik II, S. 232ff. Anm.) fest, dass alle Verwaltung im weiteren Sinne als Vollziehung oder Ausführung von solchen Gesetzen oder doch Rechtssätzen anzusehen ist, welche den Organen des Staates irgendwie Aufgaben stellen. Er macht weiter darauf aufmerksam — und diese Ausführungen (a. O. S. 186—201) scheinen mir besonders beachtenswert —, dass der Unterschied zwischen regulativen und ausführenden Willensbestimmungen, wie er das unerlässliche Ordnungsprinzip alles menschlichen Wollens und Handelns und so auch die Grundlage des Unterschieds zwischen Gesetzgebung und Vollziehung bilde, ein höchst relativer sei, indem er auch innerhalb des Stadiums der Vollziehung wiederkehren kann, ja sogar

der Regierung Indemnität für ein der gesetzlichen Unterlage entbehrendes Handeln gewährt wird.[7])

Aus den letzten Sätzen folgt bereits, dass auch zwischen Gesetzen und Verordnungen, zwischen Verordnungen und Ver-

---

unter Umständen in mehrfacher Abstufung. „Allerdings zwei äusserste Grenzen sind gegeben. Niemals können einerseits regulativ sein, niemals können daher unter den Begriff der Gesetzgebung fallen die psychischen und mechanischen Verrichtungen, welche unmittelbar den beabsichtigten Erfolg verwirklichen. Niemals können andererseits ausführend sein, niemals können unter den Begriff der Vollziehung fallen solche Willenshandlungen des Staates, welche sich als von jeder übergeordneten und bindenden Willensbestimmung losgelöste Zweckthätigkeiten darstellen.“ „Diese beiden Grenzbestimmungen sind absolute, weil nur logisch-notwendige Entwickelungen aus dem Begriffe.“ „Allein zwischen diesen äussersten Punkten liegen andere Punkte, deren jeder der Betrachtung von beiden Seiten aus fähig ist.“ Auch die Schlussfolgerungen, die Hänel hieraus gegen die Scheidung von formellen und materiellen Gesetzen gezogen hat, sowie überhaupt seine ganze Polemik wider Laband und Jellinek halte ich in der Hauptsache für zutreffend. Nur in einem wichtigen Punkte kann ich ihm natürlich nicht folgen: in der Beschränkung des Begriffs des objektiven Rechts auf Gesetze und Gesetzesstelle vertretende Verordnungen. Denn alle regulativen Willensbestimmungen, die als Normen, d. h. als Ausdruck eines Willens, der sich an andere richtet, und zugleich als irgendwelcher Rechtsnorm subordiniert erscheinen, sind nach unsrer Auffassung stets wieder Rechtsnormen. Dies hindert mich nicht, die sachlichen Differenzen, die Hänel zwischen den in Streit befangenen Vorschriften der Gesetze und den inhaltlich gleichlautenden in blossen Generalverfügungen von Behörden aufzeigt, vollständig anzuerkennen; ich werde vielmehr auf diese Differenzen alsbald noch näher zu sprechen kommen. Was ich bei ihm, wie freilich bei der ganzen bisherigen Doktrin vermisse, ist nur die gleichzeitige volle Anerkennung der gleichartigen Elemente in all diesen staatlichen Anordnungen.

[7]) Auch bei der Beurteilung dieser Gesetzes-Arten kann ich den Ausführungen Hänel's fast durchweg zustimmen, soweit sie — im Gegensatz zu Laband — die Unterschiede hervorheben zwischen Gesetzen des gedachten Inhalts einerseits und richterlichen Urteilen, Privatrechtsgeschäften, einfachen Haushaltsentwürfen und einer blossen Decharge-Erteilung anderseits. Es ist m. E. zweifellos richtig: Wenn ein Reichsgesetz eine Verfassungsstreitigkeit auf Grund von Art. 76 al. 2 der Reichsverfassung entscheidet, so sind die Gesetzgebungsfaktoren des Reiches nicht, wie ein gewöhnlicher Richter bei der Urteilsfällung, an eine rechtliche Entscheidungsnorm gebunden; der Streit wird vielmehr „erledigt“, indem das Gesetz mindestens formell neue, als Reichsrecht bindende Normen für den betreffenden Bundesstaat schafft. Es liegt ferner auf der Hand, dass durch Gesetze, die wir abkürzend als Anleihe-,

waltungsverfügungen, zwischen Verwaltungsverfügungen und richterlichen Entscheidungen, zwischen Verwaltungsverfügungen und Dienstbefehlen u. s. w. kein solcher Unterschied besteht, wie er uns hindern könnte, alle diese Arten von Anordnungen als einseitige Rechts-

Kauf-, Verkauf-, Schenkungs- oder Dotationsgesetze bezeichnen, niemals Privatrechtsgeschäfte, wie Darlehn, Kauf u. s. w., abgeschlossen werden. Nur ein Recht oder eine Pflicht zum Abschluss eines derartigen Rechtsgeschäfts wird dadurch begründet; aber unter Voraussetzungen, die ein solches Vorgehen im Namen des Staates ausschliessen würden, wenn eben nicht Recht und Pflicht dazu in Gestalt einer Gesetzesvorschrift besonders geschaffen würden. Desgleichen läuft jedes Indemnitätsgesetz — im Gegensatz zur Decharge, die sich auf Grund der bisher gültigen Rechtsnormen vollzieht — auf eine Ausserkraftsetzung gewisser Verfassungsnormen, sowie auf nachträgliche Gewinnung einer rechtlichen Grundlage für die Rechnungslegung seitens der Staatsregierung hinaus. Endlich muss ich mich auch der Hänel'schen Auffassung des Etatgesetzes in den wichtigsten Punkten anschliessen. „Ein Verwaltungsakt kann und darf seiner rechtlichen Natur nach niemals zur Absicht haben, ein bestehendes Gesetz zu ändern oder zu ergänzen, aufzuheben oder ausser Kraft zu setzen, und niemals hat der ergangene „„Verwaltungsakt"" diese rechtliche Kraft. Aber die Feststellung des Budgets kann und darf diese Absicht haben und das Budgetgesetz, wenn es in der Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren ergangen ist, hat diese rechtliche Kraft" (a. O. S. 309). Der Etat ist nicht eine Rechnung, wie solche allerdings stets eine reine Verstandesoperation sein würde, sondern ein Plan (Wirtschaftsplan), und als solcher ein Willensakt, dem selbst in absoluter Zeit regelmässig die Bedeutung einer rechtsverbindlichen Vorschrift zukam (S. 311 f.). Er ist Richtschnur der Finanzverwaltung (S. 314 ff.): Für einen Teil der Einnahmen bildet das Budgetgesetz dergestalt „die notwendige rechtliche Bedingung", dass solche ohne dasselbe überhaupt nicht gemacht werden dürften; für andere Einnahmen ist zwar die Grundlage schon durch andere Gesetze gegeben, aber das Etatgesetz giebt allein der Finanzverwaltung „das Recht zur Verwendung" in dem Etatjahre und die entsprechende „Pflicht zur Bereitstellung derselben für die Verwendungszwecke". Ebenso bildet das Budget die rechtliche Grundlage für alle Ausgaben, die durch bereits bestehende Gesetze entweder überhaupt nicht gefordert oder doch noch nicht dem Maasse nach bestimmt sind; „die einzelnen hier einschlagenden Positionen enthalten also Rechtssätze". Aber auch für die Ausgaben, die sogar ihrem Maasse nach, sowie für die Einnahmen, die auch ihrem Verwendungszwecke nach schon durch bestehende Gesetze genau bestimmt sind, bleibt dem Budget noch eine wesentliche rechtliche Funktion: es ist dieselbe, „welche das Budgetgesetz nach der allgemeinen Vorschrift der Verfassung für jede Einnahme und jede Ausgabe besitzt und nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers besitzen muss"; es ist „die oberste, alle gesetzlichen Einzelbestimmungen zu-

geschäfte zu betrachten. Damit soll die Bedeutung der wirklich zwischen diesen verschiedenen Geschäften des öffentlichen Rechts vorhandenen Differenzpunkte keineswegs geleugnet oder auch nur verringert werden. Aber wie ungleich selbst der Sinn sein mag, den die verschiedenen positiven Rechte je nach ihrem besonderen Sprachgebrauche mit den angeführten technischen Bezeichnungen

---

sammenordnende und damit ergänzende, verfassungsmässig notwendige Ermächtigung für die Finanzverwaltung behufs Verwendung aller voraussehbaren Einnahmen und behufs der Bewirkung aller voraussehbaren Ausgaben des Etatjahres". Denn „das Budgetgesetz als Ganzes, als Gesamtplan der Finanzverwaltung, enthält den gesamten Rechtssatz, dessen Determinationen, in denen er dargestellt wird, die einzelnen Einnahme- und Ausgabepositionen sind". — Trotz alledem bleibt freilich eine tiefe, wenn auch mehr nur theoretische Differenz zwischen der Auffassung Hänel's und der meinigen: die Verquickung seiner Ausführungen mit der hergebrachten Lehre vom objektiven und subjektiven Rechte. Indem er an der letzteren mit aller Entschiedenheit festhält, übersieht er gänzlich, dass gerade all die Thatsachen, die er mit gutem Grunde gegen die Unterscheidung von formellen und materiellen Gesetzen ins Feld geführt hat, konsequent durchgedacht notwendig zu der Überzeugung führen müssen, dass der Unterschied, wie er zweifellos zwischen Gesetzen und blossen Verwaltungsvorschriften, Dienstbefehlen und Privatrechtsgeschäften besteht, dennoch kein absoluter, sondern nur ein relativer sein könne; er übersieht, dass auch jedes Gesetz — ganz so wie jedes „Rechtsgeschäft" nach seiner eigenen Darstellung — nur gültig ist auf Grund eines superordinierten Rechts, will sagen auf Grund gewisser Verfassungsnormen; er übersieht, dass umgekehrt auch das richterliche Urteil, sofern es rechtskräftig geworden ist, innerhalb seines Bereiches berechtigt und verpflichtet ohne Rücksicht darauf, ob es wirklich seinem Inhalte nach wahre Gesetzesanwendung ist, während anderseits auch der Art. 76 der Reichsverfassung wohl dahin aufzufassen ist, dass die Organe des Reichs verpflichtet sein sollen, die fraglichen Verfassungsstreitigkeiten nicht nach blosser Willkür, sondern mit Berücksichtigung des in den betreffenden Bundesstaaten bisher geltenden Rechts zu „erledigen"; er übersieht nicht minder, dass auch der verfassungsmässig festgestellte Haushaltsplan einer politischen oder kirchlichen Gemeinde eine ganz ähnliche rechtliche Bedeutung wie der Staatshaushalts-Etat — freilich in Unterordnung unter das Staats- oder Kirchengesetz — hat, während umgekehrt auch das Budgetgesetz sich zu gründen und übereinzustimmen hat mit dem Verfassungsgesetze. Aber freilich, sobald man einmal die hiermit hervorgehobenen Momente der Gleichartigkeit zugiebt und weiter verfolgt, da bleibt auch nichts anders übrig, als mit der alten Theorie vom objektiven und subjektiven Rechte zu brechen und damit zugleich die bisherige Lehre vom Rechtsgeschäft aufzugeben.

verbinden, niemals liegt die Differenz zwischen den darunter begriffenen Geschäften darin, dass durch die einen objektives Recht, durch die andern bloss subjektive Rechtsansprüche und Pflichten begründet würden. So undenkbar ein objektives Recht ist, das sich nicht in Ansprüchen und Pflichten zwischen bestimmten Subjekten auflösen liesse, so gewiss schliesst umgekehrt jede bewusste Setzung von Rechten und Pflichten — objektiv aufgefasst — stets auch eine Setzung von Rechtsnormen in sich.[8])

---

[8]) Der Beweis hierfür ist bereits in Bd. I, § 9 (S. 145 ff., bes. 146—149, 157—160) geführt und ich kann mich daher jetzt mit einer einfachen Verweisung auf das dort Gesagte begnügen. Nur den Ausführungen Hänel's über die Begriffe „Rechtssatz" und „objektives Recht" glaube ich hier noch eine kurze Kritik widmen zu sollen. Hänel schliesst sich (a. O. S. 118) dem Rate Thöl's an: „Man denke und sage, wenn man Klarheit will, nie Recht, sondern immer Rechtssatz." In diesem Rate steckt ja eine gewisse Wahrheit. Es ist vollkommen richtig, dass der Ausdruck „Rechtssatz" eine engere Bedeutung zu haben pflegt, als die Worte „Recht, Gesetz, rechtliche Norm". Und zwar kommt dies offenbar daher, dass dem Worte „Satz" — ganz ebenso wie dem „Urteil" im Sinne der Logik, für welches er die Darstellungsform bildet — der Gedanke der Allgemeingültigkeit innewohnt. Insbesondere ist es leicht begreiflich, dass wir an eine Allgemeingültigkeit eher bei den Rechtsnormen einer umfassenderen Gemeinschaft, als bei den nur für einen kleineren Kreis bestimmten Normen denken; liegen derartige kleinere Kreise obendrein innerhalb jener umfassenderen Gemeinschaft, so erscheint es durchaus gerechtfertigt, bei einer Vergleichung der beiderseitigen Rechtsnormen die Normen der alle andern umfassenden Gemeinschaft als allgemeingültige den nur je für einen besonderen Kreis innerhalb derselben geltenden gegenüber zu stellen. Aber auch diese Berechtigung ist doch immer nur eine relative. Einmal eignet selbst den Rechtssätzen, die jedermann als solche anerkennt, niemals eine absolute Allgemeingültigkeit; es giebt keinen Rechtssatz, der nicht als solcher in seiner Gültigkeit auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt wäre. Auf der andern Seite lässt sich jene Gegenüberstellung innerhalb jedes kleineren Rechtsgebietes wiederholen, sofern dasselbe noch irgendwelche Sonderverhältnisse in sich begreift; es erscheint hier mithin als allgemeingültig, was in dem vorher erwähnten Falle das Gegenteil zum Allgemeingültigen bildete. Wo allerdings der Kreis der Rechtsgemeinschaft so klein ist, dass eine solche Gegenüberstellung innerhalb desselben gar nicht mehr als möglich sich erweist, da würde es geradezu widersinnig sein, von einer Allgemeingültigkeit der ihm eigentümlichen Rechtsnormen zu reden. Daraus erklärt sich dann sehr einfach, dass wir nicht von Rechtssätzen in Testamenten, in Privatverträgen u. s. w. reden; es erklärt sich auch, warum wir die Normen eines Staatsvertrags nicht als Rechtssätze bezeichnen werden,

Der Unterschied zwischen Gesetzen, Verordnungen, Verfügungen, Dienstbefehlen — immer vorausgesetzt, dass solche irgendwelchen Normen des öffentlichen Rechts subordiniert sind — liegt also jedenfalls innerhalb unsers Rechtsgeschäfts-Begriffs. Im einzelnen ist er natürlich von sehr verschiedener Erheblichkeit. Bisweilen handelt es sich bloss um die besondere Zuständigkeit verschiedener Staatsorgane, etwa noch in Verbindung mit einer Verschiedenheit der Gegenstände oder Zwecke, für welche Anordnungen der fraglichen Art zu erlassen, d. h. unter der betreffenden Firma Normen zu geben sind. So — und nur so — unterscheidet sich z. B. das „Gesetz" nach denjenigen Verfassungen,

---

wenn wir nur an die daraus entspringenden Rechte und Pflichten von Staat gegen Staat denken, während wir sie nach ihrer verfassungsmässigen Einführung in den einzelnen Staaten ganz ebenso als Rechtssätze behandeln, wie die Normen der Staatsgesetze. Wenn wir ferner nicht gewohnt sind, die Normen der Gemeinde- oder Vereinsstatuten „Rechtssätze" zu nennen, vielmehr diesen Titel regelmässig bloss den das Leben eines ganzen Volkes oder Staates (oder allenfalls noch einer Kirche) beherrschenden Rechtsnormen vorbehalten, so erklärt sich das nicht minder natürlich aus dem Umstande, dass es die Jurisprudenz im ganzen nicht mit dem Inhalte der einzelnen Gemeinde- oder Vereinsrechte, wohl aber mit dem Inhalte der verschiedenen bürgerlichen (und allenfalls kirchlichen) Rechte zu thun hat. Das ausschliessliche Interesse für ein bestimmtes positives Recht verführt endlich dazu, die nur relative Allgemeingültigkeit des letzteren als eine mehr oder weniger absolute zu behandeln, die analoge Gültigkeit der innerhalb der kleineren Kreise des betreffenden Volkes oder Staates geltenden Rechtsnormen nicht bloss als eine der ersteren untergeordnete, sondern überhaupt als etwas völlig anders Geartetes aufzufassen. Worin aber dieses Anders-geartet-sein eigentlich besteht, das hat Hänel so wenig wie Thöl uns gelehrt. Was Hänel a. O. S. 118—124 über die beiden Begriffe „Rechtssatz" und „objektives Recht" gesagt hat, ist sogar grossenteils von der Art, dass ich es selbst geschrieben haben könnte. Allerdings geht er mir zu weit, indem er die gesamten Rechtssätze als eigenstes Eigentum und lebendige Kraft derer hinstellt, die es angeht; ich habe im Gegensatz zu dieser schon von der historischen Juristenschule vertretenen Ansicht gerade darauf hingewiesen, dass bezüglich des Gesetzesrechtes im allgemeinen — namentlich unmittelbar nach dem Erlass des Gesetzes — nur von einer indirekten Anerkennung als Grundlage der Geltung die Rede sein könne. Aber über die Notwendigkeit der Anerkennung überhaupt, sowie darüber, dass „objektives Recht Richtschnur, Regel, Maassstab ist, nach denen das Verhalten der an einem bestimmten Thatbestand Beteiligten als Rechte und Pflichten bestimmt, begründet werden," und dass demgemäss „Rechtssätze Sätze sind, welche dazu

die — wie die Bayrische Verfassungsurkunde von 1818, Tit. VII, § 2 — nur für Anordnungen über bestimmte Gegenstände die Form des Gesetzes fordern, von den landesherrlichen Verordnungen über Gegenstände anderer Art. Wesentlich dasselbe gilt von der Unterscheidung zwischen landesherrlichen Verordnungen und ministeriellen Verfügungen, sowie zwischen Verordnungen des Bundesrats oder des Kaisers und den Verfügungen des Reichskanzlers, sofern solche gleichmässig auf einem besonderen, direkten gesetzlichen Auftrage beruhen, wenn auch für die Wahl des so berufenen Subjekts seitens der Gesetzgebungsfaktoren mehr oder weniger wichtige politische Rücksichten maassgebend gewesen sind. Ungleich bedeut-

---

bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Thatbestande subjektive Rechte und Pflichten zu begründen oder mit einem gewissen Thatbestande gewisse Rechte und Pflichten zu verknüpfen", bin ich mit Hänel völlig einig. Um so mehr auffallen muss es freilich, wenn Hänel dann in seinen Ausführungen über „Gesetzesanwendung" (insbesondere S. 268 ff.) diese Begriffsbestimmungen geradezu zu ignorieren scheint. Wenn er Laband (mit der gesamten herrschenden Doktrin) zugiebt, der Unterschied zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft bestehe darin, dass ersteres Rechtssätze, letzteres Rechtsverhältnisse schaffe, so darf man auf Grund seiner eigenen oben citierten Bemerkungen fragen: Giebt es denn Rechtssätze, die nicht zugleich Rechtsverhältnisse oder was dasselbe besagt, Rechte und Pflichten begründen? Und umgekehrt: was scheidet denn die Rechtsgeschäfte von den Delikten, die doch auch Rechtsverhältnisse begründen? Sind es nicht eben die in den Rechtsgeschäften gesetzten, dem umfassenderen Rechte subordinierten Rechtsnormen? Und sind denn nicht auch Vertrags- oder Testamentsnormen „Sätze, welche dazu bestimmt sind, mit einem gewissen Thatbestande gewisse Rechte und Pflichten zu verknüpfen"? Was hindert uns also, sie gleichfalls als Rechtssätze zu kennzeichnen, es sei denn die ihnen mangelnde „Gemeingültigkeit"? . . Die Wahrheit ist wohl: Die herrschende Lehre vom objektiven und subjektiven Recht — und Hänel mit ihr — vermengt zwei Bedeutungen von „objektiv" und „subjektiv", die je für sich durch den Sprachgebrauch an die Hand gegeben werden, aber streng von einander zu unterscheiden sind. Die eine Bedeutung ist dieselbe, die ich a. O. und sonst überall konsequent und ausschliesslich in meinen Untersuchungen verwendet habe: in diesem Sinne ist „objektiv" das Gegenständliche, Für-sich-Seiende, und im Gegensatze dazu „subjektiv" das den vorstellenden Subjekten selbst Angehörige als solches. Von dieser Unterscheidung ergab sich als „objektives Recht" jede Rechtsnorm, sofern eben in jeder Norm ein bestimmter Willensinhalt objektiviert, gegenständlich gemacht, d. h. losgelöst gedacht wird von den ihn wollenden Subjekten und damit auch von der zwiefachen Form, in der sich die wirkliche Normen-

samer ist dagegen der Unterschied, wo die angeführten Ausdrücke zugleich auf eine Setzung von Normen verschiedener Ordnung und mit verschiedener rechtlicher Kraft hinweisen. Das Erstere trifft u. a. in dem zuletzt erwähnten Beispiele zu für die Stellung sowohl der landesherrlichen Verordnungen als der ministeriellen Verfügungen gegenüber dem Gesetze, das den Auftrag erteilt hat; während das Gesetz unmittelbar und ausschliesslich der Verfassung untergeordnet ist und demgemäss Normen zweiter Ordnung enthält, erscheinen die Normen der in direkter Ausführung jenes Auftrags erlassenen Verordnungen oder Verfügungen zunächst der ermächtigenden Gesetzesnorm untergeordnet und demnach als Normen dritter Ordnung. Ähnlich steht es mit denjenigen Verfügungen aller möglichen Staatsorgane, die ihre

Anerkennung dieser Subjekte allein vollziehen kann. Ebenso sind „subjektiv“ von diesem Standpunkte aus die Rechtsansprüche und Pflichten ohne Unterschied, insofern sie ihrem Begriffe nach immer nur als mit irgendwelchen Subjekten verbunden, als etwas diesen Subjekten Zukommendes gedacht werden können. Nach einem zweiten Sprachgebrauche dagegen ist „objektiv“ identisch mit „gemeingültig“, und entsprechend „subjektiv“ mit „gültig bloss für bestimmte Subjekte oder vom Standpunkte dieser Subjekte“. Es ist das dieselbe Bedeutung, in welcher wir z. B. von einer objektiven oder subjektiven Auffassung oder Darstellung einer Sache reden. Auf das Recht angewandt, würde hiernach „objektives Recht“ in der That identisch sein mit „gemeingültigem Recht“, und in Weiterverfolgung der obigen Erwägungen „Rechtssatz“ mit „gemeingültiger Rechtsnorm“. Aber darüber darf man sich nicht täuschen, dass eine Verbindung dieses zweiten Sprachgebrauchs mit dem ersten notwendig irreführen muss. Denn dem objektiven Recht in diesem letzteren Sinne steht niemals der subjektive Rechtsanspruch oder die subjektive Pflicht gegenüber, sondern immer „das (im Gegensatz zu dem gemeingültigen Rechte) bloss für bestimmte Subjekte oder vom Standpunkte bestimmter Subjekte gültige Recht“; desgleichen den Rechtssätzen als den gemeingültigen Rechtsnormen die für bestimmte Subjekte allein oder nur vom Standpunkte bestimmter Subjekte gültigen Rechtsnormen. Kurz gesagt: die zweite Bezeichnungsweise ist höchstens brauchbar, um einen Unterschied innerhalb des Rechtsnormen-Begriffs auszudrücken; und auch dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass man die erste Bezeichnungsweise, wonach jede Rechtsnorm zum objektiven Recht gehört, gleichzeitig ablehnt. Auf Rechtsansprüche und Pflichten würde die zweite Bezeichnungsweise überhaupt nicht wohl zu verwenden sein, wenn auch selbstverständlich dem berührten Unterschiede zwischen den Rechtsnormen ein analoger sachlicher Unterschied der Rechtsansprüche und Rechtspflichten entspricht.

Geltung allein der Autorisation durch Verordnung oder Verfügung eines höheren Staatsorgans verdanken; ja selbst die ministeriellen Verfügungen im Verhältnis zu den landesherrlichen Verordnungen gehören insoweit hierher, als sie — anders als in dem oben vorausgesetzten Falle — ausschliesslich auf gewisse in letzteren enthaltene Anordnungen sich gründen. Etwas anderer Art ist die Unterordnung der einfachen, d. h. ohne besonderen gesetzlichen Auftrag ergehenden Ausführungs- oder Vollzugs-Verordnung unter das Gesetz, zu welchem sie erlassen wird. Ihre Geltung fusst nicht auf einer Vorschrift dieses Gesetzes, sondern unmittelbar auf den allgemeinen Bestimmungen der Verfassung; aber sie stellt sich trotzdem nur als eine Rechtsetzung tieferer Ordnung dar, weil ihre Gültigkeit von der Verfassung selber an die sachliche Unterordnung unter das auszuführende Gesetz geknüpft ist. Man denke ferner an zahlreiche Verfügungen untergeordneter Staatsorgane, die zwar ihren Geltungsgrund unmittelbar aus dem Gesetze schöpfen, aber zugleich durch das Gesetz an die Verfügungen höherer Organe als Schranke und Maassstab gebunden sind. Ein Unterschied in der rechtlichen Kraft endlich besteht teils in allgemeinerer Weise für alle Setzung von Normen verschiedener Ordnung, indem deren Wiederaufhebung stets ein Rechtsgeschäft gleicher oder höherer Ordnung voraussetzt, teils nach den besonderen Bestimmungen der verschiedenen superordinierten Rechte zwischen einzelnen dieser Rechtsgeschäfte. So der Unterschied zwischen Verordnungen, denen dergestalt Gesetzeskraft beigelegt ist, dass auch sie nur durch Gesetz verändert werden können,[9]) und allen andern, auch den sonstigen auf gesetzlichen Auftrag hin ergangenen Verordnungen; desgleichen zwischen landesherrlichen Verordnungen, die — wie die preussischen nach Art. 106 der Verf. von 1850 — bezüglich ihrer Gesetzmässigkeit nur der Prüfung der Kammern, und solchen, die auch der Prüfung durch

---

[9]) Beispiel: die auf Grund des § 21 des Preussischen Ausführungsgesetzes zum Deutschen Gerichtsverfassungsgesetze vom 26. April 1878 erlassene Königliche Verordnung vom 26. Juli 1878, betreffend die Errichtung der Amtsgerichte. Beiläufig bemerkt, wäre es auch durchaus nicht unmöglich, dass ein Gesetz die gleiche Folge an eine Ministerial-Ausführungsverordnung knüpfte; es entspricht dies nur nicht der konstitutionellen Praxis.

untergeordnete Organe, insbesondere durch die Gerichte unterliegen. So anderseits der Unterschied zwischen den richterlichen Entscheidungen, welche nach dem Eintritt gewisser thatsächlicher Voraussetzungen „Rechtskraft erlangen", [10]) und allen andern Arten von Entscheidungen und Verfügungen, die von Amts wegen oder doch auf Antrag jederzeit von demselben Staatsorgane, von dem sie ausgegangen, oder auch von einem höheren wieder aufgehoben werden können; von allen weiteren Unterschieden, die wir innerhalb dieser beiden Gruppen beobachten können, ganz zu schweigen. Dass übrigens die sogen. „Dienstbefehle" auch nur eine Art von Verfügungen darstellen, deren Geltung aus irgendwelchen Rechtsnormen höherer Ordnung abzuleiten ist, — also gleichfalls einseitige Rechtsgeschäfte, sei es des öffentlichen Rechts selbst, sei es innerhalb eines dem öffentlichen Rechte subordinierten Rechtsverhältnisses, — kann von unsrer Grundanschauung aus keinem Zweifel unterliegen. [11])

[10]) Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, dass diese richterlichen Entscheidungen überhaupt Rechtsgebote enthalten. Nicht als wenn ich damit die Streitfrage, ob das „Urteil" ein Rechtsgeschäft darstelle, unter allen Umständen im bejahenden Sinne beantworten wollte; ich gebe vielmehr zu, dass auch richterliche Urteile denkbar sind, die — etwa wie die Wahrsprüche unsrer Geschwornen — nicht als Ausdruck eines Rechtswillens, sondern nur als pflichtmässige Formulierung einer Meinung, eines „Urteils" im Sinne der Logik erscheinen. Ich will sogar dahingestellt sein lassen, ob etwa diese Art von Urteilen die ursprünglichere ist. Nur lässt sich ein Beweis hierfür nicht schon auf Bezeichnungen wie „Sententia" oder „Erkenntnis" gründen, da diese auch auf einem blossen Verkennen der Rechtsgebotsnatur beruhen können. Und was für mich augenblicklich noch wichtiger ist: für die Gegenwart, speziell für die Urteile nach unsern heutigen deutschen Prozessordnungen, glaube ich allerdings den Rechtsnormencharakter mit aller Bestimmtheit betonen zu dürfen; selbst die Feststellungsurteile machen in dieser Beziehung keine Ausnahme, wie ich an anderer Stelle (Z. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. X, S. 303 ff., Anm. 16) näher dargelegt habe.

[11]) Der Unterschied, den Hänel a. O. S. 238 ff. zwischen Generalverfügungen macht, die als blosse Dienstanweisungen auf Grund der bestehenden Verwaltungsorganisation erlassen werden, und denjenigen Generalverfügungen, welche die Verwaltungsorganisation selbst betreffen, ist nach unsrer Auffassung ebenfalls nichts anderes, als ein Unterschied bezüglich der rechtsverbindlichen Kraft, der bedingt ist durch die Verschiedenheit der superordinierten Rechtsnormen: hier Rechtsnormen, welche die allgemeine Gehorsamspflicht gegen die Gesetze regeln; dort nur Rechtsnormen, die sich auf die besonderen Verhältnisse innerhalb der Beamtenhierarchie beschränken.

Von den vorstehenden Bemerkungen die analoge Anwendung auf kirchliche Gemeinschaften und alle möglichen anderen Vereine zu machen, darf ich wohl dem Leser überlassen. Das heutige Recht unsrer evangelischen Landeskirchen weist zum grössten Teile sogar dieselben technischen Bezeichnungen auf. Aber wie einerseits aus diesem Gleichklang der Namen keine voreiligen Schlüsse auf deren Bedeutung im einzelnen zu ziehen sind, so lassen sich anderseits leicht auch da, wo eine grössere oder geringere Zahl abweichender Titulaturen für Anordnungen kirchlicher und sonstiger Vereinsorgane uns entgegentreten, mehr oder weniger ähnliche Unterschiede — nach Zuständigkeit, Unter- und Überordnung, rechtsverbindlicher Kraft — zwischen den verschiedenen, dem betreffenden kirchlichen oder sonstigen Vereinsrechte subordinierten Normen und den sie gestaltenden Rechtsgeschäften konstatieren.

In der bürgerlichen Gesellschaft — im Gegensatze zum Staatsverhältnis im engeren Sinne [12]) — spielen Gehorsams-Ansprüche und -Pflichten nur eine sehr untergeordnete Rolle; wenigstens in der heutigen. Daher treten denn auch auf dem Gebiete des Privatrechts die einseitigen Rechtsgeschäfte, deren Inhalt ein blosses Norm-geben darstellt, im Vergleich mit den zweiseitigen augenscheinlich zurück. Trotzdem fehlen sie auch hier nicht. Einerseits giebt es doch auch heute noch einzelne dem Privatrecht subordinierte Rechtsverhältnisse, die sich mehr oder weniger als Verhältnisse zwischen Gebietenden

---

[12]) Wie ich bisher schon ganz konsequent gethan und wie ich überdies durch die Gegenüberstellung des Staatsverhältnisses im engeren Sinne (vgl. § 19, Nr. 2, Bd. I, S. 312) noch besonders angedeutet habe, gebrauche ich den Ausdruck „bürgerliche Gesellschaft“ zur Bezeichnung desjenigen grossen Gesamtrechtsverhältnisses, dessen Inhalt das gesamte Privatrecht eines Staates bildet. Dabei fällt es mir nicht ein, zu leugnen, dass diese Bezeichnungsweise dem bisherigen Sprachgebrauche nicht oder wenigstens nicht vollständig entspricht. Ich habe darum auch gar nichts dagegen einzuwenden, wenn man das Wort „bürgerliche Gesellschaft“ nach wie vor auch in andrer Bedeutung anwendet. Aber wenn man dieses Wort in einem spezifisch juristischen Sinne gebrauchen will, liegt es m. E. am nächsten, dabei an die „Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts“ zu denken, wie sie das eine grosse Teilverhältnis jedes Staates darstellt.

und Gehorchenden kennzeichnen: vor allem das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, sowie zwischen Dienstherrschaft und Gesinde. Und demgemäss erscheinen die auf Grund des Eltern- oder Hausherrnrechtes ergehenden Befehle als eine Art einseitiger Rechtsgeschäfte, denen auf dem Boden des Privatrechts — zufolge unmittelbarer oder mittelbarer (durch den Dienstvertrag vermittelter) Unterordnung — eine verwandte Bedeutung zukommt, wie den oben berührten Dienstbefehlen im Bereiche des öffentlichen Rechts. Anderseits kennen fast alle entwickelteren bürgerlichen Rechte bestimmte allgemeine Rechtsansprüche und Pflichten der Rechtsgenossen, die zwar nicht als Gehorsams-Ansprüche und -Pflichten aufzufassen sind, da das Rechtsverhältnis, zu dessen Inhalt sie gehören, vielmehr im grossen und ganzen ein Verhältnis der Gegenseitigkeit unter wesentlich Gleichstehenden ist, aber doch darum nicht minder Ansprüche auf Befolgung und entsprechende Pflichten zur Befolgung einseitig aufgestellter Forderungen oder Normen darstellen. Namentlich sind es zwei Gruppen von einseitigen Rechtsgeschäften, deren Geltung auf solche wechselseitige Ansprüche und Pflichten aller Privatrechtsgenossen zurückzuführen ist; die eine bilden alle letztwilligen Verfügungen, die andere diejenigen Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche die Konstituierung, Vernichtung oder Übertragung irgendwelcher absoluter Rechte zum Zwecke haben. Beim Testament und Kodizill tritt die Einseitigkeit unmittelbar zu Tage. Aber auch Erbverträge und Schenkungen von Todes wegen, Verträge zu Gunsten Dritter und alle Rechtsgeschäfte, durch welche dingliche Rechte begründet, aufgehoben oder übertragen werden sollen, mögen sie zugleich Verträge sein oder nicht, haben der grossen Masse der Rechtsgenossen gegenüber den Charakter einseitiger Rechtsgeschäfte. (Vgl. oben § 23, Nr. 8 a. E.)

3. Den in Nr. 2 besprochenen Rechtsgeschäften, in denen wesentlich ein Norm-geben zum Ausdruck kommt, stehen diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte gegenüber, die sich umgekehrt als ein Norm-nehmen oder Sich-verpflichten charakterisieren.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass ein Norm-nehmen, wie es für diese zweite Hauptgruppe einseitiger Rechtsgeschäfte von uns vorausgesetzt wird, niemals ein bloss innerliches, bloss

dem Norm-nehmer selbst bekanntes sein kann. Nicht als wenn ein solches rein innerliches Norm-nehmen an sich undenkbar wäre; aber die bloss so, nicht in einer auch für andere erkennbaren Weise genommene Norm kann weder für sich allein eine Rechtsnorm sein, noch als einer anderen Rechtsnorm subordiniert gelten. Das Erstere nicht, weil zu jeder direkten Rechtsnormen-Anerkennung mindestens zwei Personen gehören; das Letztere nicht, weil man vergeblich nach einer superordinierten Rechtsnorm suchen wird, welche eine bloss im Geiste gesetzte oder m. a. W. bloss gewollte, aber noch unausgesprochene Norm für verbindlich erklärt.

Wichtiger ist es vielleicht darauf hinzuweisen, dass auch das in die äussere Erscheinung getretene Norm-nehmen nicht mit der Kundgebung einer einfachen Willensentschliessung verwechselt werden darf. Wenn ich erkläre, — sei es öffentlich und ganz im allgemeinen, sei es einer bestimmten Person gegenüber, — dass ich entschlossen bin, das und das zu thun, oder dass ich mir selbst ein Versprechen gegeben oder abgenommen habe, so liegt darin noch schlechterdings kein Norm-nehmen in unserm Sinne. Vielmehr wird hierzu vor allem erfordert, dass die kundgegebene Willensbestimmung auch wirklich als Unterwerfung des eigenen Willens unter einen fremden Willen gedacht ist, als dessen Ausdruck demgemäss die Norm sich darstellt.[13] Natürlich bedarf

[13]) Läge freilich die Meinung dessen, der seinen Willen erklärt, immer so deutlich zu Tage, wie in der Fassung der letzten beiden Sätze im Texte, so möchte unsre Warnung vor einer Verwechselung der beiden grundsätzlich verschiedenen Arten von Willensbestimmung recht überflüssig sein. Allein in Wahrheit ist die Fassung der Willenserklärung sehr häufig eine solche, dass aus ihr unmittelbar gar keine Entscheidung entnommen werden kann, ob der eine oder der andere Fall vorliegt. Wenn jemand sagt: „Ich will . .“, „ich werde . .“, „ich bin bereit . .“ u. s. w., so kann dies ebensowohl in der einen, wie in der andern Weise gemeint sein. Im Zweifel wird man allerdings wohl annehmen müssen, dass damit nur eine einfache Entschliessung kundgegeben wird; die blosse Mitteilung an einen andern genügt für sich noch nicht, um sie als ein Versprechen an diesen und damit als Ausdruck der Unterwerfung unter den Willen des Adressaten zu kennzeichnen. Auf der andern Seite ist es nicht nötig, dass stets das volle Bewusstsein der letzteren Thatsache bei dem Erklärenden vorhanden ist; geschweige denn, dass dieses Bewusstsein

es dann, um die genommene Norm zu einer rechtsverbindlichen oder m. a. W. das einseitige Norm-nehmen zum Rechtsgeschäft zu machen, noch obendrein einer bereits in Geltung befindlichen Rechtsnorm, die der einseitig genommenen Norm superordiniert erscheint, d. h. die Beobachtung der letzteren verlangt. Aber eine superordinierte Rechtsnorm, nach welcher auch ein vom Promittenten sich selbst und keinem andern gegebenes Versprechen verbindlich und demgemäss die daraus abzuleitende Pflicht als eine Rechtspflicht des Promittenten gegen sich selbst anzusehen wäre, verträgt sich überhaupt nicht mit dem Begriff des Rechts. (Vgl. Bd. I, S. 21 f., 171 ff.)

Die Zahl der einseitigen Rechtsgeschäfte, die sich in einem blossen Norm-nehmen vollziehen, ist eine verhältnismässig sehr kleine. Für die Notwendigkeit jedoch, eine besondere Rubrik dieses Inhalts zu machen, beweist sie genug. Namentlich kann es keinem Zweifel unterliegen, dass hier die verschiedenen Formen einseitigen Versprechens unterzubringen sind, die unsre heutige Wissenschaft auf dem Gebiete des Privatrechts anerkennt.[14])

stets zum klaren Ausdruck gebracht sein müsste in der abgegebenen Erklärung. Es reicht aus, dass die Erklärung des eigenen Willens mit der mehr oder minder deutlichen Absicht erfolgt ist, sich dadurch dem andern gegenüber, d. h. eben an dessen Willen oder Norm zu binden.

[14]) Was im einzelnen als rechtsverbindliches „einseitiges Versprechen" anzusehen ist, kann selbstverständlich immer nur auf Grund eines bestimmten bürgerlichen Rechts entschieden werden. Nur darf man dies nicht so verstehen, als wenn das superordinierte Privatrecht ausschliesslich für die Entscheidung der Frage maassgebend sei, ob ein gewisses näher bestimmtes Rechtsgeschäft als einseitiges oder vielmehr als Vertrag aufzufassen sei; vielmehr ist dies in erster Linie eine wissenschaftliche Frage. Leider herrscht freilich über deren Beantwortung ziemlich viel Streit. Bloss Votum und Pollicitatio erfreuen sich völlig allgemeiner Anerkennung als rein einseitiger Geschäfte; für unsern gegenwärtigen Zweck würde indes dies allein schon genügen. Für mein Teil halte ich mit Brinz (Pandekten, N. A. IV, S. 254 f.) auch die Auslobung für ein einseitiges, ohne Acceptation bindendes Versprechen. Dass die Erfüllung der Auslobungsbedingung, wo sie ohne alle Kenntnis von dem Versprechen erfolgt, nicht als eine wahre Annahme desselben gelten kann, liegt auf der Hand; die neueren Versuche, die Auslobung als Vertrag zu konstruieren, würden also höchstens dann Berechtigung haben, wenn sich nachweisen liesse, dass das superordinierte Privatrecht zweifellos in den gedachten Fällen eine Annahme des Versprechens fingiert. Ob die Ausstellung

Ebenso dürfte der einseitige Rechtsverzicht hierher zu ziehen sein; nur dass die vom Verzichtenden genommene Norm keine gebietende oder verbietende, sondern eine einfach verneinende ist. Auch im öffentlichen Recht lassen sich gelegentlich analoge Erscheinungen nachweisen: so die feierliche Zusicherung des Monarchen, eine Verfassung bestimmter Art geben zu wollen;[15]) so vor allem die Edikte der römischen Magistrate, in denen sie die Normen für ihre eigene Verwaltung aufstellten.[16])

---

einer Vollmacht oder eines Ordrepapiers an dieser Stelle mit zu nennen ist, hängt m. E. wesentlich davon ab, ob darin nicht ausser dem einseitigen Normnehmen auch noch ein einseitiges Norm-geben zu finden ist, worüber erst in Nr. 4 zu reden sein wird; soweit das Letztere zu verneinen ist, stehe ich nicht an, auch diese Geschäfte, wenigstens vom Standpunkte unsres neuesten deutschen Rechts aus, bereits hier anzuschliessen.

[15]) Wer freilich nur ein Recht kennen will, hinter dessen Normen ein besonderer Zwangsapparat steht, der kann einem derartigen Versprechen keine rechtliche Bedeutung beimessen. Aber genau dasselbe gilt dann auch von allen denjenigen Sätzen eines Verfassungsgesetzes, welche irgendwelche künftige Einrichtungen erst in Aussicht stellen. Wer dagegen mit uns auch in dergleichen Verfassungsvorschriften wahre Rechtsnormen sieht (vgl. unten Nr. 4, Anm. 17), der wird folgerichtig auch aus dem Versprechen einer künftigen Verfassung bestimmter Art, sofern es in verbindlicher Form, z. B. durch solenne Erklärung gegenüber den Ständen oder in einem in die Gesetzsammlung aufgenommenen Erlasse abgegeben ist, eine wahre Rechtspflicht des Monarchen ableiten.

[16]) Hiermit ist zugleich aufs schärfste der Unterschied gekennzeichnet, sowohl zwischen Edikt und Volksgesetz, als zwischen Edikt und Prozessformel. Während Volksgesetz und Prozessformel beide imperativisch lauten und dadurch deutlich als ein Norm-geben sich darstellen, — das eine Mal gegenüber allen Volksgenossen, das andere Mal nur gegenüber dem bestellten Urteilsfinder, — charakterisieren die Worte „judicium dabo“ und andere derartige Futuralformen jedes Edikt nicht minder deutlich als eine Erklärung, die ausschliesslich den Erklärenden selbst verpflichtet. Es ist der Populus Romanus, d. h. nach heutiger Redeweise der römische Staat oder die römische Gemeinde (vgl. Mommsen, Abriss d. Röm. Staatsrechts, S. 81 ff., 134), in deren Namen jeder Magistrat, der Imperium hat, seine Befehle an die Volksgenossen ergehen lässt, sei es an alle, wie dies — allerdings schon in der älteren Zeit nur unter Zustimmung der Gemeindeversammlung und Bestätigung des Senats — in dem „legem ferre“ geschieht, sei es an einzelne, wie dies der Prätor in der Anweisung an den bestellten Judex thut. Es ist anderseits allein der augenblickliche Träger der betreffenden Magistratur selbst, der in dem Edikte „über sein Officium ediciert“ (Lenel, d. Edictum perpetuum, S. 11) und damit sich

4. Die Unterscheidung zwischen einseitigen Rechtsgeschäften, die sich wesentlich als ein Norm-geben, und solchen, die sich als ein Norm-nehmen kennzeichnen, ist unsrerseits von Anfang an nicht als eine ausschliessende in der Art gedacht worden, dass danach eine Verbindung von Norm-geben und Norm-nehmen in ein und demselben einseitigen Rechtsgeschäft undenkbar wäre. Im Gegenteil, wir haben bereits in Nr. 1 unter zwei verschiedenen Voraussetzungen die Möglichkeit einer solchen Verbindung anerkannt: einmal für Fälle, in denen ein zweiseitiges Rechtsverhältnis durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet oder verändert werden soll; zum andern dann, wenn ein und dasselbe einseitige Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund mehrerer Rechtsverhältnisse erscheint. Nur versteht sich von selbst, dass diese Möglichkeit nur da zu einer rechtlichen Möglichkeit wird, wo das superordinierte Recht eine solche Verbindung von Norm-geben und Norm-nehmen in Einem einseitigen Rechtsgeschäfte zulässt.

Fraglicher mag es auf den ersten Anblick sein, ob es sich hierbei um eine besondere, eigentümliche Klasse von einseitigen Rechtsgeschäften handelt. Darüber jedoch wird kein Zweifel aufkommen können, dass die einseitigen Rechtsgeschäfte, in denen sich ein Norm-geben und Norm-nehmen gleichzeitig vollzieht, nicht etwa als eine Mittelstufe zwischen den übrigen einseitigen Rechtsgeschäften und den Verträgen anzusehen sind. Der Gegensatz zu den letzteren ist bei ihnen in Wahrheit gar kein geringerer, als bei den in einem Norm-geben oder Norm-nehmen sich erschöpfenden Rechtsgeschäften. Dagegen liegt ein Vergleich mit einer Unter-

---

dem Staate oder Volke gegenüber verbindlich macht, sein Amt nach den von ihm angenommenen Normen auszuüben. Der hiermit übernommenen Rechtspflicht fehlt sogar der Rückhalt des rechtlichen Zwanges nicht, wenn auch derselbe erst nach Ablauf des Amtsjahres gegen ihn geltend gemacht werden kann. Von selbst erklärt sich von dieser Anschauung aus, dass das Edikt die Amtsdauer seines persönlichen Urhebers nicht überdauern kann, während den im Namen des Staates ergangenen Befehlen so lange Geltung zukommt, bis sie durch einen gleichwirksamen Befehl aufgehoben sind. Auch die Fortdauer der Stellung und formelmässigen Verpflichtung der bestellten Judices ergiebt sich hieraus leicht, wenigstens sofern man in diesen nicht sowohl Stellvertreter des Prätors, als vielmehr durch seine Vermittelung berufene und mit Rechts-Instruktion versehene Schiedsrichter erblicken darf.

scheidung innerhalb der Verträge nahe: diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, in denen bloss ein Norm-geben oder Norm-nehmen sich vollzieht, verhalten sich zu solchen, in welchen Norm-geben und Norm-nehmen verbunden auftreten, gleichwie einseitige Verträge zu zweiseitigen. Ja, gerade diese Analogie dürfte sich auch fruchtbar erweisen für die Erledigung der Frage, welche Bedeutung eigentlich den vorgeführten Unterscheidungen innerhalb des Begriffs des einseitigen Rechtsgeschäfts zukommt.

Wie es vom Standpunkte eines jeden umfassenderen positiven Rechts aus bestimmte Arten von Verträgen giebt, die sich eben diesem ihren Art-Begriffe nach ein für allemal nur als einseitige oder zweiseitige darstellen, wie z. B. Stipulation und Mutuum bloss als einseitige, Kauf- und Mietvertrag nach unsern modernen Rechten bloss als zweiseitige Verträge überhaupt denkbar sind, so lassen sich zweifellos auch einseitige Rechtsgeschäfte auf dem Boden eines jeden umfassenderen Rechts nachweisen, die ihrer spezifischen Natur nach stets nur ein Norm-geben oder Norm-nehmen zum Inhalt haben oder umgekehrt beides zugleich in sich vereinigen müssen. So ist das rechtsverbindliche „einseitige Versprechen“ schon seinem Namen nach nichts weiter als ein blosses Norm-nehmen; so die einseitige letztwillige Verfügung ihrer Natur nach notwendig ein blosses Norm-geben. Als Beispiele einseitiger Rechtsgeschäfte, denen eine Verbindung von Norm-geben und Norm-nehmen wesentlich ist, dürften vor allem die in Gesetzesform ergangenen Verfassungsurkunden zu nennen sein; denn ausser den Normen für alle Staatsgenossen, die darin — wie überhaupt in jedem Gesetze — enthalten sind, konstituieren sie regelmässig auch Normen für den Gesetzgeber, mag man nun darunter allgemeinhin den Staat oder die zur Ausübung der gesetzgebenden Gewalt berufenen lebendigen Menschen, insbesondere im monarchischen Staate den Monarchen, verstehen.[17]) Für denjenigen

[17]) Dass Verfassungsbestimmungen, wie beispielsweise die in Art. 54 der Preussischen Verfassung über den Verfassungseid des Königs oder in Art. 51 und 76 über die Einberufung des Landtags enthaltenen, wahre Rechtsnormen sind, die dem Könige ganz bestimmte Rechtspflichten auferlegen, kann nur der bestreiten, der aus Prinzipienreiterei — als Anhänger einer strikten Zwangstheorie vom Rechte — die rechtliche Natur aller obersten Verfassungs-

ferner, der mit uns im Staatsverhältnis im engeren Sinne ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Staatsgenossen sieht (vgl. § 19, Nr. 4 in Bd. I, S. 320 ff.),[18] und dementsprechend die von den Staatsorganen als solchen vollzogenen Rechtsgeschäfte auch als Rechtsakte des Rechtssubjekts „Staat" selbst auffasst, liegt namentlich die Schlussfolgerung nahe, dass jedes Strafgesetz, das eine sogen. öffentliche Strafe androht, und nicht minder jedes Strafurteil, das auf eine öffentliche Strafe lautet, unter die gleiche

---

bestimmungen überhaupt leugnet. Aber auch diejenigen Verfassungsvorschriften, welche — wie namentlich Art. 3 bis 42 der Preussischen Verfassung über die „Rechte der Preussen" — vor allem eine nähere Ausführung im Wege der Gesetzgebung fordern und deshalb öfters als blosse politische Programme oder gesetzgeberische Monologe bezeichnet worden sind, erscheinen bei näherer Betrachtung ebenfalls als wahre Rechtsnormen, und zwar in erster Linie als solche, durch welche rechtliche Pflichten der Staatsgewalt zur Durchführung der darin niedergelegten Grundsätze konstituiert werden. Den besten Beweis dafür liefern die nach 1850 ergangenen Verfassungsgesetze, durch welche die Art. 15, 16, 18, 40—42, auch 94, 95, 105 teils abgeändert, teils völlig aufgehoben worden sind. Wenn anderseits noch eine Anzahl der in den gedachten Verfassungsbestimmungen aufgestellten Forderungen z. Z. noch nicht oder wenigstens nicht vollständig erfüllt sind, so liegt darin keineswegs ein Beleg für die rechtliche Nichtverbindlichkeit derselben oder auch nur für eine dahingehende allgemeinere Ansicht. Für das Gegenteil sprechen deutlich die zahlreichen vorbereitenden Gesetzgebungsarbeiten; aber selbstverständlich können sich der Durchführung der von der Verfassung gestellten Aufgaben Schwierigkeiten entgegenstellen, deren Überwindung — zumal bei der Notwendigkeit, eine Übereinstimmung zwischen der Regierung und der Volksvertretung herbeizuführen, — oft sehr lange Zeit erfordert, ja bisweilen als völlig unmöglich erscheinen wird. Im letzteren Falle greift dann natürlich der Grundsatz Platz: Ultra posse nemo obligatur.

[18]) Es ist hier natürlich nicht der Ort, abermals auf die Angriffe einzugehen, die gegen diese unsre Auffassung von verschiedenen Seiten gerichtet worden sind. Dass aber die Angreifer wenig Ursache haben, die von ihnen angegriffene Anschauung so kurzer Hand bei Seite zu schieben, wie sie es fast ohne Ausnahme thun, dafür bürgt mir vorläufig das Wort eines Mannes, dem auch seine Gegner eine gewisse Kenntnis des Staatslebens und der Staatswissenschaft nicht absprechen werden. Ich meine die Äusserung von Treitschke in seinen Vorlesungen über Politik (Bd. I, S. 68): „So lange über den Staat gedacht worden ist, ist alle Welt einig gewesen, dass sowohl der Staat Rechte und Pflichten habe gegenüber seinen Bürgern, wie der Bürger Rechte und Pflichten gegenüber dem Staat. Darüber ist gar nicht zu streiten."

Rubrik gehört.[19]) Ebenso glaube ich als ein Privatrechtsgeschäft von dieser Art die „Zahlungsanweisung" anführen zu sollen, vorausgesetzt nur, dass der Assignat verpflichtet ist, sie zu honorieren.[20])

[19]) Eine ausführliche Darlegung der verschiedenen Rechtsverhältnisse, deren Inhalt eine Strafsatzung und entsprechend ein Strafurteil darstellen kann, — bei unserm Reichsstrafrecht sind es nicht weniger als fünf, — habe ich in meiner Abhandlung „Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis" in der Z. f. Strafrechtswissenschaft Bd. X, S. 269—298 gegeben. Nach dem dort Ausgeführten unterliegt die Richtigkeit unserer gegenwärtigen Behauptung bezüglich der Strafgesetze und Strafurteile keinem Zweifel.

[20]) Wenn Lenel (in Iherings Jahrbüchern, Bd. 36, S. 114 f.) bemerkt: „Bei der Anweisung . . . kann schon ihrer Form nach kein Zweifel darüber sein, dass die Adresse der Erklärung der Assignat, nicht der Assignatar ist und dass der letztere, wenn er sie dem Assignaten überbringt, als blosser Bote des Assignanten handelt", so ist die erste Hälfte dieser Bemerkung ebenso unbestreitbar, als die zweite unmotiviert und im Widerspruch mit der Auffassung des wirklichen Geschäftslebens ist. Lenel fährt allerdings sogleich fort: „Wir haben geradezu den Prototypus der Vollmacht vor uns. „„Zahlen Sie für meine Rechnung an X"" heisst schlechterdings nichts anderes als: X ist ermächtigt, für meine Rechnung zu empfangen. Der Wunsch oder Befehl des Ausstellers, den man aus dem „„zahlen Sie"" herauslesen möchte, wird durch die Präsentation einer gewöhnlichen Inkassovollmacht ganz ebenso kundgegeben, wie durch die der Anweisung, und ist überdies ohne juristische Bedeutung, da die Pflicht des Angewiesenen, jenem Wunsche oder Befehle nachzukommen, wo sie besteht, jedenfalls nicht auf der Anweisung beruht." Allein ganz abgesehen davon, dass „Bote jemandes sein" und „von jemand zum Empfange von Geldern auf dessen Rechnung ermächtigt sein" sicherlich nicht identisch ist, enthalten die letzt angeführten Sätze eine durchaus einseitige Betonung der in der Anweisung für den Assignatar ausgesprochenen Ermächtigung. Wohl mag man Lenel zugeben, dass es nicht minder einseitig ist, nur den darin steckenden Befehl zu betonen. Aber die Thatsache, dass ein solcher darin enthalten ist, hat im Grunde auch Lenel nicht zu leugnen vermocht; und wenn er diesem Befehle die juristische Bedeutung aberkennt, weil die Verpflichtung, dem Befehle zu gehorchen, keinesfalls auf diesem selbst beruhe, so übersieht er vollständig, dass auch die Rechtsverbindlichkeit aller möglichen anderen Befehle niemals auf diesen, sondern immer und überall auf einem den fraglichen Befehlen superordinierten, von dem Adressaten anerkannten Rechte beruht, das unter bestimmten Voraussetzungen deren Befolgung fordert. Noch wichtiger endlich ist es zu wiederholen (vgl. oben Anm. 14), dass in jeder Zahlungsanweisung vor allem ein Norm-nehmen des Assignanten enthalten ist, sofern sich dieser verpflichtet, dem Assignaten für den angewiesenen Betrag aufzukommen bezw. den Abzug desselben von seinem Guthaben anzuerkennen; ein Norm-nehmen, das auf

Wie auf der andern Seite der Vertragsbegriff auch durch die reichhaltigste Aufzählung von einzelnen Vertrags-Arten nicht erschöpft wird, und demgemäss überall, wo das superordinierte Recht den Vertrag als solchen für verbindlich erklärt, ein kleinerer oder grösserer Rest von Verträgen übrig bleibt, die nicht schon im ganzen und von vornherein, sondern nur als einzelne — je nach ihrem konkreten Inhalt — den einseitigen oder zweiseitigen Verträgen zuzuzählen sind, so giebt es auch einseitige Rechtsgeschäfte, die zwar im Hinblick auf gewisse, besonders herauszuhebende Unterarten, nicht aber ihrem allgemeinen Begriffe nach der einen oder der andern der oben genannten Hauptgruppen zugerechnet werden können. Vor allem ist es der Begriff des Gesetzes, der auch in dieser Beziehung im Gebiete des öffentlichen Rechts eine ähnliche Rolle spielt, wie der Vertragsbegriff auf dem Gebiete des Privatrechts und des Völkerrechts. Wohl konnten wir vorher auf mehrere Gesetzes-Arten — Verfassungsgesetze und Strafgesetze — hinweisen, denen die Verbindung von Norm-geben und Norm-nehmen charakteristisch ist. Wir dürfen vielleicht auch die Behauptung wagen, dass umgekehrt in allen Privatrechtsgesetzen immer nur ein Norm-geben des Staates an die Staatsgenossen zum Ausdruck gelangt, — allerdings ein Normgeben ganz besonderer Art, sofern den so gegebenen Normen, wie wir schon oben in Nr. 2, Anm. 3 erörtert, ein eigentümlicher Doppelcharakter zukommt. Daneben jedoch giebt es eine Fülle

---

Grund des superordinierten bürgerlichen Rechts den Assignanten auch da bindet, wo der Assignat nach Lage der Dinge nicht zur Befolgung der gegebenen Norm verpflichtet erscheint, und darum letzteren auch in solchen Fällen meistens zur Honorierung der gegebenen, aber nicht verbindlichen Norm, an den X zu zahlen, veranlassen wird. Die Ermächtigung für den Assignatar dagegen, den angewiesenen Betrag zu empfangen, ist gar nichts weiter als eine logisch notwendige Konsequenz aus den vorgenannten Bestandteilen jeder Anweisung. Die blosse Inkassovollmacht unterscheidet sich von der Zahlungsanweisung jedenfalls dadurch, dass die Norm für den Zahlungspflichtigen nicht schon durch die ausgestellte Urkunde selbst, wenn auch meist durch den Bevollmächtigten mit Vorlegung der Vollmacht gleichzeitig, gegeben wird; die blosse Vorlegung der Vollmacht ist an sich nicht schon Aufforderung zur Zahlung, so nahe es auch liegen mag, an den Akt der Vorlegung regelmässig die Vermutung der Zahlungsaufforderung zu knüpfen.

von Gesetzen, die sich nicht in gleicher Weise allgemeinhin klassifizieren lassen. Auch bedarf es kaum der Bemerkung, dass öfters in demselben Gesetze Rechtsnormen auftreten, die es gleichzeitig als zu verschiedenen Gesetzes-Arten gehörig, z. B. als Privatrechtsgesetz und zugleich als Strafgesetz erscheinen lassen, gleichwie es zahlreiche Verträge giebt, deren Einzelbestimmungen unter die Vorschriften über verschiedene Vertrags-Arten zu subsumieren sind.

5. „Alle einseitigen Rechtsgeschäfte stimmen darin überein, dass ein Teil derer, für welche die dadurch gesetzten Normen gelten sollen, oder m. a. W. ein Teil der Subjekte des Rechtsverhältnisses, das durch das Rechtsgeschäft begründet oder verändert werden soll, nicht an dem Geschäfts-Akte selbst beteiligt ist."

Wie schon früher bemerkt, zieht dieser Satz nur die logisch notwendige Folgerung aus dem, was wir als Inhalt der einseitigen Rechtsgeschäfte bezeichnet und dann in Nr. 2—4 näher dargelegt haben. Wir könnten auch noch kürzer sagen: er ist bereits mit dem Begriffe der Einseitigkeit gegeben. Denn wenn danach das einseitige Rechtsgeschäft unter allen Umständen nur die Eine Seite des dadurch zu begründenden oder zu verändernden Rechtsverhältnisses unmittelbar zum Ausdruck bringt, gleichviel ob bloss Ansprüche oder Pflichten oder beide zusammen diese Seite darstellen, so ist damit zugleich ausgesprochen, dass das einseitige Rechtsgeschäft niemals die That sämtlicher in dem fraglichen Rechtsverhältnisse einander gegenüberstehenden Subjekte sein kann.

Trotzdem mag es nicht überflüssig sein, hier einiger Rechtserscheinungen zu gedenken, die auf den ersten Anblick mit dieser Folgerung im Widerspruch zu stehen scheinen. Es ist bekannt, dass „Lex" und „Pactum" sowohl dem römischen Volke, als später den deutschen Stämmen — in der Anwendung auf ihr Volksrecht — geradezu als Synonyma dienen. Kein Wunder daher, dass man auch in neuerer Zeit bisweilen mit den römischen Volksgesetzen, wie mit den „Leges" der Salfranken, Alemannen, Westgothen u. s. w. die Vorstellung von Verträgen verbunden hat, die vom Volke zur Fixierung bestimmter Rechtsgrundsätze abgeschlossen wurden. Noch mehr: wir geben zu, dass in dieser Vorstellung

ein richtiger Kern steckt. Allein genauer betrachtet besteht dieser richtige Kern nur darin, dass jedes „Volksgesetz“ auf einem Zusammenwirken von König (Magistrat) und Volk, wenn man will, auf einer Vereinbarung zwischen beiden beruht. Dass in der zur Gesetzgebung berufenen Versammlung des Volkes oder der Landesgemeinde nicht die Volksgenossen als Einzelne unter sich und mit dem König Rechte und Pflichten austauschen, — dass das Volksgesetz auch Geltung hat für Mitglieder der Volksgemeinde, die nicht an der Volksversammlung teilnehmen konnten, vor allem auch für die erst kommenden Geschlechter, — dass sogar diejenigen daran gebunden sind, die in der Volksversammlung dagegen gestimmt haben; — all das sind Dinge, die wohl von keinem bestritten werden dürften. Und damit ist der Forderung, die wir an die Spitze der gegenwärtigen Erörterung gestellt haben, bereits vollkommen genügt: Sofern die Lex alle Volksgenossen bindet, gleichviel ob sie an dem Gesetzgebungsakte beteiligt waren, gleichviel wie sie gestimmt haben, offenbart sie deutlich ihren Charakter als Gesetz in unserm Sinne, ist sie zweifellos einseitiges Rechtsgeschäft. Höchstens könnte man die Frage aufwerfen, ob nicht hier der Gesetzgebungsakt in erster Linie als ein Vertragsakt anzusehen sei, dem nur auf Grund des superordinierten Verfassungsrechts zugleich Rechtswirkung auch über den Kreis der Paciszenten hinaus und damit zugleich die Bedeutung eines einseitigen Rechtsgeschäftes zukomme, ähnlich, wie wir dies früher für verschiedene Arten von Privatrechtsverträgen zu konstatieren hatten. Für unsre prinzipielle Erörterung ist die Beantwortung dieser Frage völlig gleichgültig; nach meiner persönlichen Überzeugung aber möchte ich auch diese Frage verneinen.[21])

[21]) Gegen die Annahme eines Vertragscharakters (auch in der zuletzt erwähnten Beschränkung) spricht m. E. namentlich zweierlei. Fürs erste lässt sich diese Auffassung nur festhalten, wenn man ganz abstrakt König (Magistrat) und Volk einander gegenüberstellt, d. h. als Paciszenten nicht die lebendige Person des Königs und auf der andern Seite die wirklich handelnde Volksversammlung ins Auge fasst, sondern zwei durch beide vertretene ideale Subjekte: denn sonst lägen Verträge vor, die durch ganz andere Personen wieder aufgehoben werden, als durch die, so sie geschlossen haben. Zum andern stellen die meisten „Leges“ nicht Rechte und Pflichten zwischen König (Magistrat) und Volk auf, sondern vielmehr Rechte und Pflichten der

Zu verwandten Erwägungen bietet die Errichtung und Abänderung von Vereins-Statuten Anlass. So häufig es auch geschieht, dass ein solches Statut als Grundvertrag bezeichnet wird, und so zutreffend dies vielleicht im Stadium der Gründung sein mag, — mit dem Momente, wo der Verein wirklich besteht, kommt den Statuten nicht mehr bloss die Bedeutung eines Vertrags, wie sie für die Begründer hatte, sondern die eines auch für andere in Zukunft verbindlich sein sollenden Grundgesetzes zu, und die Errichtung neuer Statuten fällt demgemäss, gleich der blossen Abänderung der alten, regelmässig unter den Gesichtspunkt des einseitigen Rechtsgeschäfts. Am klarsten tritt dies da hervor, wo schon ein Majoritätsbeschluss der Generalversammlung — gleichviel ob mit besonderen Modalitäten für eine derartige Verfassungsänderung oder nicht — zu dem angegebenen Zwecke genügt. Wesentlich das Gleiche muss gelten, wo das bestehende Statut oder das dem Vereine superordinierte Recht zwar einen einstimmigen Beschluss, aber zur Beschlussfähigkeit nicht das Erscheinen aller Mitglieder fordert. Nur wo das Nicht-Erscheinen eines einzigen Mitgliedes die Statutenänderung unmöglich macht, wo also Statutenänderung und Neugründung formell identisch sind, da erneut sich die Frage, wie eigentlich der Akt der Vereins-Konstituierung zu denken sei, ob als eine Vereinigung von Vertrag und einseitigem Rechtsgeschäft, ob nur als letzteres oder überhaupt gar nicht als Rechtsgeschäft? Wir werden die Untersuchung hierüber im fünften Abschnitt wieder aufzunehmen haben.

Auf der andern Seite ist hier nochmals ein Einwurf zu berühren, der schon früher beiläufig zurückgewiesen wurde: der Einwurf, ob es nicht auch einseitige Rechtsgeschäfte gebe, an welchen gar niemand von denen, für die sie Rechtsnormen setzen

---

gesamten Volksgenossen gegeneinander. Ja, dies gilt sogar von den sehr zahlreichen Strafgesetzen, sofern sie regelmässig nicht Pflichten der Staatsgewalt, sondern Pflichten des Verbrechers gegen den Verletzten konstituieren... Von selbst versteht sich, dass solche „Leges“, die ausschliesslich „Weistümer“ darstellen, wie z. B. die Lex Chamavorum — vgl. Brunner, deutsche Rechtsgeschichte, I, S. 376 ff. — für unsre gegenwärtige Betrachtung gar nicht in Frage kommen, da sie ebensowenig Verträge als Gesetze in unserm heutigen Sinne sind.

sollen, als Mithandelnder beteiligt erscheint? Nach dem von uns angenommenen Begriffe des Rechtsgeschäfts überhaupt und des einseitigen Rechtsgeschäfts im besonderen können wir die Ablehnung einer solchen Möglichkeit nur nachdrücklichst wiederholen. Ein Norm-geber, der nicht für sich oder einen andern, in dessen Namen er die Norm giebt, den Anspruch auf Befolgung der so gesetzten Norm erhebt, ist ebenso ein Widerspruch in sich selbst, wie ein Norm-nehmer, der weder sich noch einen von ihm Vertretenen zur Erfüllung der Norm verpflichten will. Nicht minder undenkbar aber ist mir ein Normen-setzen, das weder Norm-geben, noch Norm-nehmen wäre. Wir haben daher den dringendsten Grund zu der Vermutung, dass überall da, wo die herkömmliche Meinung aus einem Rechtsgeschäfte in unserm Sinne bloss Rechtsverhältnisse entstehen lässt, an denen der im Rechtsgeschäft Handelnde in keiner Weise, nicht als Berechtigter oder Verpflichteter und auch nicht als Vertreter des einen von beiden beteiligt ist, die Entstehung dieser Rechtsverhältnisse nur eine mittelbare, durch die gleichzeitige Entstehung eines anderen Rechtsverhältnisses, an welchem der Norm-setzende wirklich Anteil hat, vermittelte ist. Dass dies beispielsweise bei dem Erlasse von Privatrechts-Gesetzen zutrifft, ist bereits oben in Nr. 2 (vgl. insbesondere Anm. 3) dargelegt worden. Es mag hier noch hinzugefügt werden, dass nur durch die Berücksichtigung dieses vermittelnden Verhältnisses, das die herkömmliche Doktrin nicht kennt oder wenigstens ignoriert, das rechte Verständnis für die Thatsache gewonnen werden kann, dass der Staat die Übertretung von Privatrechtsgesetzen in ausgedehntestem Maasse mit öffentlichen Strafen bedroht und von Amts wegen verfolgt.[22])

---

[22]) Ganz Ähnliches gilt von der Errichtung letztwilliger Verfügungen. Nur ist zu beachten, dass sich hier die juristische Konstruktion — je nach der Art der Errichtung — verschieden gestalten kann. Wo es nur eine Testamentserrichtung in Gesetzesform giebt, wie nach älterem römischen Recht, da verbindet sich der Wille des Testators mit dem Volkswillen so vollständig, dass er gänzlich hinter diesen zurücktritt und letzterer demgemäss hier ganz ebenso als Träger eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs gegenüber allen Volksgenossen erscheint, wie bei jedem andern Volksgesetze. Natürlich ist da auch das Privatrechtsverhältnis, das damit gleichzeitig zwischen bestimmten Volksgenossen begründet wird, von genau denselben Gesichtspunkten

6. „Das superordinierte Recht, aus welchem allein die Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts abzuleiten ist, muss jedenfalls schon vor dem Vollzug des Rechtsgeschäfts vorhanden sein.“ (Nr. 1, IV.)

Mit diesem Satze kehren wir noch einmal zu der allgemeinen Voraussetzung zurück, die unsrer ganzen Erörterung über Rechtsgeschäfte zu Grunde liegt und die wir zunächst in § 22, Nr. 3

---

aus zu konstruieren, wie alle andern aus Privatrechtsgesetzen unmittelbar entstehenden Rechtsverhältnisse. Ob etwa die gleiche Auffassung auch auf das spätere römische Testament zu übertragen ist, namentlich mit Rücksicht darauf, dass das Mancipationstestament und selbst das aus ihm hervorgegangene Testament vor sieben Zeugen noch deutlich auf die alte Sanktion durch das Volk hinweisen, mag dahingestellt bleiben. Für unsere heutigen letztwilligen Verfügungen, wie schon für die Fideikommisse der römischen Kaiserzeit liegt jedenfalls eine andere Auffassung näher. Wer eine einseitige letztwillige Verfügung trifft, der will Forderungen, Ansprüche aus seiner eigenen Person heraus aufstellen. Freilich sind das alles Ansprüche, die er niemals selbst geltend machen kann; denn bis zu seinem Tode bestehen sie höchstens als bedingte, zukünftige, und für den Toten können sie natürlich nur in der Anschauung anderer bestehen, die sie als die seinen anerkennen. Aber dieses Zuerkennen seitens anderer ist auch einem Toten gegenüber geradeso wohl möglich, wie gegenüber einer juristischen Person; und wie ein Rechtsverhältnis zwischen juristischen Personen denkbar ist, so auch zwischen Toten und Lebendigen, — selbstverständlich immer nur als ein bloss teilweise wirkliches, nach der andern Seite hin bloss gedachtes, fingiertes. Wenn dieses fingierte Rechtsverhältnis in der herkömmlichen juristischen Betrachtungsweise völlig hinter dem dadurch vermittelten Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben, den übrigen im Testamente Bedachten und allen andern Rechtsgenossen verschwindet, so hat dies denselben Grund, aus welchem auch bei den Privatrechtsgesetzen das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Staat und Staatsgenossen über dem Verhältnisse der Privatrechtsgenossen untereinander, wie es durch jenes in Gemässheit der Tendenz des Privatrechtsgesetzes vermittelt erscheint, regelmässig übersehen wird. Wie es dem staatlichen Gesetzgeber genügt, den Anspruch des Staates auf Beobachtung eines Privatrechtsgesetzes meist nur dadurch zu wahren, dass er den Privatrechtsgenossen selbst die Verfolgung ihrer Ansprüche gleichen Inhalts überlässt, so weiss der Testator seinen Willen gesichert dadurch, dass er seine Ansprüche andern zugleich zuweist. Kurz gesagt: Auch der letztwillig Verfügende kann nicht anders „Normen geben“, als indem er „Ansprüche erhebt“, wenn er dies auch stets zugleich für andere thut und die Geltendmachung der Ansprüche diesen andern ausschliesslich anheimgiebt.

und 5 bei der Definition des Rechtsgeschäfts überhaupt, sodann in § 23, Nr. 10 in ihrer Anwendung auf zweiseitige Rechtsgeschäfte näher dargelegt haben. Der vorstehende Satz fasst in kürzester Form zusammen, was — im Gegensatz zu dem in der Vertragslehre Bemerkten — über ihre Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte zu sagen ist. Zur Begründung werden wenige Worte genügen.

Die Forderung, dass das einem einseitigen Rechtsgeschäfte superordinierte Recht bereits vor dem Vollzug des Rechtsgeschäfts vorhanden sein müsse, begreift genauer betrachtet ein Doppeltes:

I. die im Rechtsgeschäfte gegebenen oder genommenen Normen müssen als einem bestehenden Rechte subordinierte gewollt sein;

II. das als superordiniert vorausgesetzte Recht muss auch wirklich bereits für die Personen Geltung haben, für welche die Rechtsgeschäfts-Normen gelten sollen.

Beide Forderungen entsprechen im wesentlichen denjenigen, die wir schon bei der Lehre von den zweiseitigen Rechtsgeschäften aufzustellen hatten. Allein während wir dort zu einer eingehenderen Untersuchung darüber genötigt waren, unter welchen Voraussetzungen der verlangte Subordinationswille in der Richtung auf ein bestimmtes Recht anzunehmen sei, erledigt sich diese Frage hier sehr einfach. Bei jedem Vertrage ist ein superordiniertes Recht denkbar, das sich auf die Kontrahenten selbst beschränkt und erst in dem Momente des Vertragsschlusses selbst mit entsteht; und ebendarum bedurfte es eines näheren Nachweises, dass in Wirklichkeit regelmässig nicht diese oder wenigstens nicht bloss diese Art von Subordination, sondern ausschliesslich oder doch zugleich die Subordination unter das Recht einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft als gewollt zu erachten ist. Ein einseitiges Rechtsgeschäft dagegen, das nicht auf dem Boden eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses abgeschlossen würde, ist von unserm Begriffe des Rechtsgeschäfts aus schlechterdings undenkbar. Wohl kennen auch wir Rechtsetzungshandlungen, die ohne Voraussetzung eines schon bestehenden superordinierten Rechts vorgenommen werden; aber einseitige Rechtsgeschäfte sind

dies sicher nicht. Vielmehr stellen sie sich entweder als Einleitungshandlungen zu Verträgen oder als an sich rechtlich unwirksame, wenn nicht gar als rechtswidrige Handlungen dar, denen nur durch die nachträgliche Anerkennung von Rechtsgenossen die Bedeutung von Rechtshandlungen verschafft wird. (Vgl. § 21, Nr. 2 und 14, sowie unten den fünften Abschnitt.) Ist dem aber so, dann ist der Subordinationswille regelmässig schon gegeben mit dem Willen, überhaupt eine Rechtsnorm durch einseitigen Akt zu setzen. Anderseits ist die Absicht, eine Rechtsnorm zu setzen, im allgemeinen — bis zum Beweise des Gegenteils — zu vermuten, wenn die so gegebene oder genommene Norm einer schon bestehenden und für die in Betracht kommenden Personen zweifellos verbindlichen Rechtsnorm sich überhaupt nur subsumieren lässt. Desgleichen wird man beim Vorhandensein mehrerer supersumierbarer Rechte im Zweifel die Subordination der gesetzten Normen unter die Normen dieser mehreren Rechte zugleich anzunehmen haben. Nur wo eine solche Annahme wegen des Inhalts der supersumierbaren Rechte versagt, wo m. a. W. der Inhalt der letzteren ein gegensätzlicher ist und darum die gleichzeitige Subsumtion der im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen unter diese gegensätzlichen Rechtsnormen einen unauflöslichen Widerspruch in sich schliessen würde, nur da wird von Fall zu Fall ein besonderer Beweis verlangt werden müssen, welches der mehreren positiven Rechte als das dem Rechtsgeschäft wirklich superordinierte — nach dem Willen der Handelnden — anzusehen sei.

§ 25.

Vollendet ist ein Rechtsgeschäft mit dem Eintritt seines begriffsmässigen Erfolgs.

Als begriffsmässiger Erfolg ist diejenige Rechtswirkung anzusehen, welche durch die im Rechtsgeschäfte selbst gesetzten Normen vorgezeichnet ist, m. a. W. der Beginn der Geltung dieser Normen und die entsprechende Entstehung oder Veränderung eines oder mehrerer Rechtsverhältnisse.

Dies gilt auch für bedingte und einfach befristete Rechtsgeschäfte; nur dass die Rechtsgeschäftsnormen hier zunächst als

bedingte und befristete Geltung erlangen, d. h. eine Geltung, die bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins latent oder gebunden erscheint.

In welchem Zeitpunkte Rechtswirkungen eintreten, die sich ausschliesslich aus einem dem Rechtsgeschäfte superordinierten Rechte ergeben, hängt natürlich ganz von dem Inhalte des letzteren ab. Mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts trifft ihr Eintritt nur dann zusammen, wenn in den superordinierten Rechtsnormen die Vollendung des Rechtsgeschäfts als alleinige Bedingung ihrer Anwendbarkeit auftritt.

1. Unter den Rechtsfolgen oder Rechtswirkungen, die sich an ein Rechtsgeschäft knüpfen können, sind deutlich zwei Hauptarten zu unterscheiden.

In erster Reihe stehen diejenigen Rechtsfolgen, welche durch das Rechtsgeschäft selbst vorgezeichnet, d. h. durch die seinen Inhalt bildende Normensetzung unmittelbar gegeben sind.[1]) Sie zerfallen je nach dem Zwecke des Rechtsgeschäfts oder genauer gesagt nach dem Charakter der darin gesetzten Rechtsnormen wiederum in drei Unterarten. Sind die im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen solche, die den Inhalt eines neuen, bisher noch nicht bestehenden Rechtsverhältnisses bilden sollen, so ist die Rechtsfolge die Entstehung dieses Rechtsverhältnisses. Beschränkt sich das Rechtsgeschäft auf die Setzung einer einzigen unselbständigen,

---

[1]) Der Sache nach fällt diese erste Art von Rechtsfolgen durchweg unter den Begriff der „Willenswirkungen", wie ihn Enneccerus (Rechtsgeschäft, S. 145 ff.) aufgestellt hat. Allein so angenehm es mir auch wäre, einen ähnlichen kurzen Ausdruck dafür verwenden zu können, so sehe ich mich doch ausser stande, den Ausdruck „Willenswirkung" zu diesem Zwecke zu adoptieren. Einmal umfasst derselbe nicht bloss solche Willenswirkungen, wie sie für Rechtsgeschäfte in unserm Sinne ausschliesslich in Frage kommen, sondern lässt sich auch in ganz entsprechender Weise auf Rechtshandlungen verwenden, die nicht Rechtsgeschäfte in unserm Sinne sind. Damit hängt zusammen, dass er gar nicht — auch nicht andeutungsweise — eine Vorstellung davon giebt, von welcher Art die fraglichen Rechtswirkungen eigentlich sind. Anderseits erweckt das Wort „Willenswirkung" den Schein, als wenn der Wille der beim Rechtsgeschäft thätigen Personen die alleinige Ursache der Rechtswirkung wäre, während in Wahrheit, wie auch Enneccerus anerkennt, immer nur der Parteiwille und das ihm superordinierte Recht zusammen als Ursache der Rechtswirkung angesehen werden dürfen.

aber auf den Gesamtinhalt eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses bezüglichen und zwar schlechtweg aufhebenden Norm, so ist die Rechtsfolge die Auflösung jenes Rechtsverhältnisses. Erscheinen endlich die Rechtsgeschäfts-Normen bezogen auf ein schon bestehendes Rechtsverhältnis, ohne jedoch dessen vollständige und schlechthinnige Aufhebung auszusprechen, so stellt sich als Rechtsfolge eine blosse Veränderung des fraglichen Rechtsverhältnisses dar.[2])

Im Gegensatze zu diesen Rechtsfolgen der ersten Reihe charakterisiert sich die zweite Hauptart vielmehr dadurch, dass die dazu gehörigen Rechtswirkungen ausschliesslich von dem superordinierten Rechte an das Rechtsgeschäft angeknüpft sind. Ich betone das Wort: „ausschliesslich“. Dass auch für die Rechtsfolgen der ersten Reihe die Anerkennung der Rechtsgeschäfts-Normen seitens des superordinierten Rechts wesentlich ist, folgt mit Notwendigkeit aus unserm Begriff des Rechtsgeschäfts. Aber ebenso gewiss treten die Rechtsfolgen der ersten Reihe immer nur insoweit ein, als die im Rechtsgeschäfte selbst bewirkte Normensetzung reicht. Und eben darin liegt der Unterschied von der zweiten Hauptart von Rechtsfolgen, welche umgekehrt ihrem Inhalte nach in keiner Weise durch die Rechtsgeschäfts-Normen selbst bestimmt sind.[3])

---

[2]) Es versteht sich von selbst, namentlich nach dem, was wir mehrfach bezüglich gewisser einseitiger Rechtsgeschäfte ausgeführt haben, dass überall da, wo die in dem Rechtsgeschäfte gegebenen bezw. genommenen Normen als Inhalt mehrerer neu zu begründender Rechtsverhältnisse gedacht sind, die entsprechende, unmittelbar durch das Rechtsgeschäft gegebene Rechtsfolge die Entstehung dieser mehreren Rechtsverhältnisse ist. Und ebenso kann natürlich auch die unmittelbar durch die Rechtsgeschäfts-Normen vermittelte Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen sich gleichzeitig auf verschiedene Rechtsverhältnisse beziehen. Ja, sofern die Veränderung ein umfassenderes, einer grösseren oder geringeren Zahl von Rechtsverhältnissen superordiniertes Rechtsverhältnis trifft, wird sich häufig damit sofort auch eine Veränderung der subordinierten Einzelverhältnisse verbinden.

[3]) Enneccerus (a. a. O. S. 146) bezeichnet diese zweite Gruppe von Rechtsfolgen als „Gesetzeswirkungen“. Der Ausdruck hat ebenfalls den Vorzug der Kürze, und sofern es sich nur um eine Erörterung der Rechtsfolgen von Privatrechtsgeschäften handelt, ist gegen ihn auch wenig einzuwenden. Nur darf man dabei nicht vergessen, dass — wie schon im Texte und in Anm. 1

Eine weitere Klassifikation der zur zweiten Hauptart gehörigen Rechtsfolgen dürfte nicht nur zwecklos, sondern auch ganz undurchführbar sein. Einmal erscheinen alle diese Rechtsfolgen als gar nichts den Rechtsgeschäften als solchen Charakteristisches; ganz dieselben Rechtsfolgen sind öfters auch an andere Rechtserscheinungen geknüpft, sei es an Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte in unserm Sinne sind, sei es an rechtswidrige Handlungen oder an Rechtsvorgänge, die nicht einmal als Handlungen gekennzeichnet werden können. Anderseits ist die Mannigfaltigkeit der fraglichen Rechtsfolgen selbst eine geradezu unerschöpfliche. Es mag hier nur daran erinnert werden, dass beispielsweise zu den unter die gegenwärtige Rubrik fallenden Rechtsfolgen eines Privatrechtsgeschäfts gar nicht bloss alle möglichen privatrechtlichen Ansprüche und Pflichten gehören, die das superordinierte bürgerliche Recht ausser den im Rechtsgeschäfte ausdrücklich gesetzten an letzteres anknüpft, sondern auch die etwaigen öffentlichrechtlichen Ansprüche und Pflichten, z. B. Rechtsverfolgungsansprüche und Steuerpflichten, die den Beteiligten unmittelbar aus dem Rechtsgeschäfte oder richtiger gesagt aus den vom superordinierten Rechte in Bezug auf dasselbe aufgestellten Forderungen erwachsen.[4])

---

betont ist — auch die Rechtsgeschäfts-Wirkungen der ersten Reihe auf einer Mitwirkung des Gesetzes überall da beruhen, wo und soweit sich in solchem ein superordiniertes Recht darstellt. Und was nicht minder wichtig ist: Gesetze bilden immerhin bloss eine Hauptform des superordinierten Rechts, wie es als Quelle von Rechtsfolgen der zweiten Art in Betracht kommt, — wenn auch zweifellos die praktisch heute bedeutsamste.

[4]) Allerdings kann man mit Enneccerus unterscheiden zwischen mittelbaren Folgen und (unmittelbar vom Gesetze angeknüpften) Nebenfolgen eines Rechtsgeschäfts. Allein einen praktischen Nutzen dieser Unterscheidung vermag ich kaum zu erkennen. Auf der einen Seite ist eine mehrfache Vermittelung ausschliesslich durch das Gesetz denkbar; anderntteils erscheint es öfters zweifelhaft, ob man gewisse Folgen — z. B. die der sogen. ergänzenden Gesetzesnormen, welche direkt den Inhalt des Rechtsgeschäfts vervollständigen, — als mittelbare Folgen des letzteren oder als Nebenfolgen oder vielleicht gar als eine dritte Art gesetzlicher Folgen auffassen soll. Unter allen Umständen hat die Unterscheidung nur Bedeutung für die Konstruktion des einzelnen durch das Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtsverhältnisses. Und eben für diesen Zweck kommt es dann stets auf die

Höchstens könnte man sich veranlasst fühlen, aus der zweiten Hauptgruppe diejenigen Rechtsfolgen besonders herauszuheben, die zu den Rechtsfolgen der ersten Reihe augenscheinlich in engster Beziehung stehen: ich meine die Rechtsfolgen, die sich aus „ergänzenden“ oder wie man bisher gewöhnlich zu sagen pflegte, aus „dispositiven“ Rechtsnormen (vgl. § 8, Nr. 5, Bd. I, S. 137 ff.) ergeben. Soweit es sich hierbei wirklich nur um Normen handelt, die bestimmt sind, irgendwelche Lücken in der durch das Rechtsgeschäft vollzogenen ausdrücklichen Normensetzung auszufüllen, liegt sogar die Versuchung nahe, die aus solchen Normen abzuleitenden Rechtsfolgen allgemeinhin mit denen der ersten Reihe auf ganz dieselbe Stufe zu stellen. Allein genauer betrachtet verhalten sich doch auch diese Rechtsfolgen zu den aus den Rechtsgeschäfts-Normen selbst resultierenden in zahlreichen Fällen nicht anders, als wie das auf Grund des superordinierten Rechts unter gewissen Voraussetzungen zu konstruierende fiktive Rechtsgeschäft (vgl. § 21, Nr. 7, 9, 15, § 22, Nr. 4 a. E., § 23, Nr. 6) zu dem wahren Rechtsgeschäfte in unserm Sinne. Nur wo und soweit die fraglichen ergänzenden Normen ihrem Inhalte nach von den das Rechtsgeschäft vollziehenden Personen wirklich als Inhalt des Rechtsgeschäfts mit gewollt sind, wo also dieser wirklich gewollte Normen-Inhalt nur keinen besonderen Ausdruck im Rechtsgeschäftsakte gefunden hat, — sei es, weil er den Beteiligten als eine notwendige Voraussetzung oder Konsequenz der ausdrücklich im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen oder aus sonstwelchem Grunde als nach Lage der Dinge selbstverständlich, sei es, weil er ihnen gerade mit Rücksicht auf die wohlbekannten ergänzenden Normen des superordinierten Rechts als überflüssig erschien, — nur da und nur soweit stehen die daraus sich ergebenden Rechtsfolgen des Geschäfts auf ganz derselben Stufe mit den Rechtsfolgen der ersten Kategorie: aber wohlverstanden nicht zufolge der Rechtsnatur der

Prüfung der im besonderen Falle einschlagenden Rechtsnormen an; eine allgemeine Auseinandersetzung darüber, welche Normen des superordinierten Rechts unmittelbar als den Inhalt eines durch Rechtsgeschäft entstandenen Rechtsverhältnisses mitbestimmende anzusehen sind, und welche nur als mittelbar wirksame, bloss an das entstandene Rechtsverhältnis mehr oder weniger eng angeknüpfte, ist ein Ding der Unmöglichkeit.

ergänzenden Normen an sich, sondern immer bloss wegen der in den gedachten Fällen und im gedachten Umfange thatsächlich vorhandenen Identität mit der im Rechtsgeschäft vollzogenen stillschweigenden Normensetzung.[5])

[5]) So wird die Regel des Pomponius: „In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur", welche Enneccerus (a. O. S. 150) als ein erstes Beispiel stillschweigender Festsetzung anführt, in der That sehr häufig als Ausdruck einer im Rechtsgeschäft selbst stillschweigend mitgesetzten Norm gelten können. Aber doch nur sehr häufig; allgemein trifft es offenbar nicht zu. Man denke z. B. an das Darlehnsgeschäft, bei welchem es geradezu widersinnig wäre, die sofortige Fälligkeit als mitgewollt zu denken. Umgekehrt wird in den zahlreichen Fällen, in denen das Gesetz für die Fälligkeit gewisser Schulden einen andern und zwar nach Jahr oder Tag bestimmten Termin setzt, eine genaue Kenntnis dieses Termins und darum auch ein stillschweigend hierauf mitgerichtetes Wollen häufig nicht anzunehmen sein. Am allerwenigsten darf man allgemeinhin das Gegenteil behaupten auf Grund einer Deduktion, wie sie Enneccerus a. O. mit den beiden Sätzen giebt: „Wenn die Parteien ein in seinen Wirkungen vom Rechte bestimmtes Geschäft ohne besondere Verabredungen abschliessen, so zeigen sie, dass sie das Geschäft eben mit seinen regelmässigen Folgen wollen. Wer im Gebiete des preussischen Landrechts mietet, will eben eine Miete der Natur schliessen, wie sie dort üblich ist, er hat also, mag er über die dingliche Wirkung auch vielleicht im Unklaren sein, mit dinglicher Wirkung gemietet, während der einfache Mietkontrakt in den Gebieten des gemeinen Rechts nur obligatorisch wirkt." Nicht als wenn ich den Vorwurf Schlossmanns, den E. in der Hauptsache richtig zurückgewiesen hat, hier zu wiederholen gedächte. Ich habe im Gegenteil schon mehrfach nachdrücklichst betont, dass zu jedem Rechtsgeschäfte die Unterwerfung unter ein superordiniertes Recht gehört, welches die am Rechtsgeschäft Beteiligten ohnehin schon gegeneinander — und ebendarum auch zur Beobachtung der im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen — verpflichtet. Und in dieser Unterwerfung liegt so notwendig zugleich die indirekte Anerkennung aller andern durch dieses superordinierte Recht an das Geschäft geknüpften Rechtsfolgen, dass ich mir auch die von E. gebrauchte Ausdrucksweise, nach welcher diese Rechtsfolgen von den Parteien mitgewollt sind, gefallen lassen könnte. Allein E. übersieht, dass dieses Wollen der „regelmässigen Folgen" im allgemeinen doch immer nur ein indirektes und demgemäss in erster Linie bloss ideales Wollen (vgl. § 6, Nr. 2, Bd. I, S. 106) darstellt, das mit dem wirklichen, direkten Wollen — auch wo solches keinen Ausdruck in Worten gefunden hat und daher ein stillschweigendes geblieben ist — keineswegs zusammengeworfen werden darf. Denn genauer betrachtet beruht die ganze Unterscheidung zwischen den durch das Rechts-

2. Mit den vorstehenden Erörterungen ist bereits auch eine Antwort auf die Frage gegeben: Wann treten die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts ein?

---

geschäft selbst vorgeschriebenen und den ausschliesslich aus dem superordinierten Rechte sich ergebenden Rechtsfolgen — oder um mit E. zu reden, zwischen Willens- und Gesetzeswirkungen — gerade auf dem Unterschiede zwischen direktem und wirklichem Wollen einerseits, bloss indirektem und nur idealem Wollen anderseits. Zu den direkt und wirklich gewollten Folgen kann man immer nur die zählen, die entweder aus den ausdrücklich gesetzten Rechtsgeschäfts-Normen notwendig sich ergeben oder doch sonst den Parteien bei dem Rechtsgeschäfte thatsächlich vorgeschwebt haben, gleichviel übrigens, ob man sie als selbstverständliche oder als durch bekannte superordinierte Rechtsnormen gesichert angesehen hat. Zu den indirekt gewollten Folgen dagegen gehören bei näherer Betrachtung gar nicht bloss diejenigen, welche aus ergänzenden Rechtsvorschriften abzuleiten sind und an welche E. offenbar ausschliesslich denkt, sondern schlechthin alle Rechtsfolgen, die das superordinierte Recht an das Rechtsgeschäft geknüpft hat; denn Ausnahmen von jener Unterwerfung unter die derartige Rechtsgeschäfte betreffenden Bestimmungen des superordinierten Rechts können doch in jedem Falle nur insoweit angenommen werden, als das letztere sie selbst zulässt und sie auch nachweisbar bei dem Rechtsgeschäftsakte gemacht werden. Mit andern Worten: Versteht man unter „stillschweigend gewollten Rechtsfolgen" auch die bloss „indirekt gewollten", so bleibt für „Gesetzeswirkungen" neben diesen stillschweigend gewollten Wirkungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft überhaupt kein Raum mehr übrig; versteht man aber darunter nur die wirklich und direkt gewollten Rechtsfolgen, so sind die aus irgendwelchen Bestimmungen des superordinierten Rechts zu entnehmenden Folgen nur dann zugleich als mit dem Rechtsgeschäft stillschweigend gewollte anzusehen, wenn sie selbst oder die sie begründenden Normen ihrem Inhalte nach in dem Bewusstsein der Parteien nachweisbar vorhanden gewesen sind. Im übrigen hören auch die Rechtsfolgen von der letzteren Art nicht auf, zugleich ihren Grund in den betreffenden ergänzenden Vorschriften des superordinierten Rechts zu haben. Deshalb ist auch überall da, wo das stillschweigend von den Parteien Gewollte mit dem Inhalt ergänzender superordinierter Rechtsnormen übereinstimmt, jeder weitere Nachweis des stillschweigenden Willens überflüssig; soweit die Übereinstimmung reicht, können die Folgen keine anderen sein, als sie eben das superordinierte Recht mit dem Rechtsgeschäft verbindet, und es genügt demgemäss stets die Berufung auf das letztere. Praktischen Wert hat also die Berufung auf ein stillschweigendes Wollen der Parteien schlechterdings nur da, wo es sich inhaltlich mit keiner superordinierten Norm deckt. Dass dann seine Folgen unter die Folgen der ersten Kategorie gehören, liegt auf der

Beschränken wir uns zunächst auf die durch das Rechtsgeschäft unmittelbar vorgezeichneten, durch den Inhalt der rechtsgeschäftlichen Normensetzung selbst gegebenen Rechtsfolgen. Allerdings können diese Rechtsfolgen, wie wir in Nr. 1 bemerkten, je nach dem Inhalt der im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen, dreifach verschiedener Art sein. Aber unter allen Umständen — mag nun die Rechtsfolge Entstehung oder Auflösung oder blosse Änderung eines Rechtsverhältnisses sein — fällt die dem Inhalte der betreffenden rechtsgeschäftlichen Norm unmittelbar entsprechende Rechtsfolge und damit überhaupt die erste, nächste Rechtsfolge des Rechtsgeschäfts in ihrem Eintritte zusammen mit dem Zeitpunkte der Vollendung des Rechtsgeschäfts.

Das sogen. Prinzip der Simultaneität von Rechtsgeschäft und Rechtswirkung, das hiermit — und zwar in strengster Fassung, wenn auch vorläufig bloss für die Rechtsfolgen unsrer ersten Kategorie — von uns adoptiert ist, erscheint bei näherer Betrachtung als eine einfache logische Konsequenz der Begriffe „Ursache“ und „Wirkung“ überhaupt. Wenn wir unter „Ursache“ die Gesamtheit der Bedingungen verstehen, von welchen die Existenz einer gewissen Thatsache abhängt, so ist mit dem Momente, in welchem alle Bedingungen sich vereinigen, notwendig auch der Eintritt jener Thatsache gegeben, die wir als „Wirkung“ bezeichnen. Eine Lücke zwischen Ursache und Wirkung — ein Zwischenzustand, der weder das eine noch das andere wäre — ist etwas logisch schlechthin Undenkbares; das gilt nicht bloss für die äussere Natur, sondern

Hand; aber ebenso gewiss bedarf es dann auch stets eines besonderen Beweises für den beim Rechtsgeschäfte beteiligt gewesenen „stillschweigenden Willen“. . . Ähnliche Bemerkungen sind bezüglich derjenigen Rechtsfolgen zu machen, die Enneccerus a. O. S. 152 als „unvollkommen realisierte Willenswirkungen“ kennzeichnet. Soweit die im Rechtsgeschäft gesetzten Normen wahrhaft subordinierte und demnach vom superordinierten Rechte sanktionierte Normen sind, fallen die daraus abzuleitenden Folgen natürlich unter unsre erste Kategorie; soweit dies nicht der Fall und demgemäss das superordinierte Recht andere Normen an ihrer Stelle maassgebend sein lässt, gehören die aus letzteren zu entnehmenden Folgen jedenfalls zu den Folgen unsrer zweiten Reihe, mögen sie daneben als eventuelle Folgen von den Parteien wirklich mitgewollt sein oder nicht.

ganz ebenso für die Geisteswelt.[6]) Und ebendarum kann es auch keinem Zweifel unterliegen: Soweit die Beziehung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsfolge wirklich ein Verhältnis von Ursache und Wirkung ist, soweit muss auch der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der jenem Verhältnis entsprechenden, d. h. ausschliesslich durch das Rechtsgeschäft verursachten Rechtsfolgen zusammenfallen. Vom Standpunkte unsers Rechtsgeschäftsbegriffs aus gesprochen: In dem Augenblicke, in welchem ein Rechtsgeschäft zu seiner Vollendung gelangt, beginnt die Gültigkeit oder Rechtskraft sämtlicher in dem Rechtsgeschäfte gesetzter Rechtsnormen.[7]) Nehmen wir nun hinzu, was ich früher (§§ 9—12, Bd. I, S. 145 ff., vbd. § 20, Nr. 1, insbesondere Anm. 2) über die Zugehörigkeit aller Rechtsnormen zu irgendwelchen Rechtsverhältnissen ausgeführt habe, so ergeben sich daraus notwendig zugleich die bereits oben genannten weiteren Folgen. Sind nämlich die im Rechtsgeschäft gesetzten Normen als Inhalt eines neuen bisher noch nicht bestehenden Rechtsverhältnisses gedacht oder doch nur als solche zu begreifen, so ist unmittelbar

---

[6]) Es ist in dieser Hinsicht auch völlig gleichgültig, ob man in Betreff der menschlichen Willensthätigkeit einer deterministischen oder vielmehr einer indeterministischen Anschauung huldigt. Denn es handelt sich hier gar nicht darum, ob es im Leben der Welt, speziell im Geistesleben Vorgänge giebt, die auf keine „Ursache" zurückzuführen, d. h. nicht als blosses Produkt einer kleineren oder grösseren Zahl von Bedingungen aufzufassen sind. Was wir gegenwärtig behaupten, ist vielmehr einzig dies, dass die Beziehung von Ursache und Wirkung — wo sie thatsächlich vorliegt — immer nur eine schlechthinnige und unmittelbare sein kann. Es folgt dies nicht aus irgendwelchen tiefsinnigen metaphysischen Erwägungen, sondern einfach aus den beiden Begriffen „Ursache" und „Wirkung", wie sie — in Übereinstimmung mit der gesamten Wissenschaft — bei all unsern gegenwärtigen Erörterungen vorausgesetzt sind. Streng genommen ist dadurch auch jedes Zwischenglied zwischen Ursache und Wirkung ausgeschlossen. Wohl mag man von mittelbaren Ursachen und Wirkungen sprechen, sofern man darunter die Ursachen von gewissen Ursachen und die Wirkungen von gewissen Wirkungen versteht; aber ein Zwischenglied zwischen Ursache und Wirkung, das nicht zugleich Wirkung nach der einen und Ursache nach der andern Seite hin wäre, giebt es nicht.

[7]) Natürlich setzen wir dabei voraus, dass diese Rechtsnormen auf Grund und in Übereinstimmung mit den Forderungen des superordinierten Rechts gesetzt worden sind. Soweit diese Bedingung nicht erfüllt ist, kann nach unsrer Begriffsbestimmung ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zu stande kommen.

mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts dieses neue Rechtsverhältnis mit jenen Normen als Inhalt entstanden. Enthält das Rechtsgeschäft nur schlechthin aufhebende Normen, die sich auf den Gesamtinhalt eines oder mehrerer Rechtsverhältnisse beziehen, so bedeutet seine Vollendung sofort auch die Auflösung der fraglichen Verhältnisse. Beziehen sich endlich die Rechtsgeschäfts-Normen auf schon bestehende Rechtsverhältnisse, ohne die bisher deren Inhalt bildenden Rechtsnormen im vollen Umfange aufzuheben, so stellt sich die mit der Vollendung des Geschäfts eintretende Wirkung als eine blosse Veränderung jener Verhältnisse dar. Wir könnten auch noch hinzufügen, dass nicht nur aus Einem Rechtsgeschäfte gleichzeitig die gleichen Folgen für verschiedene Rechtsverhältnisse hervorgehen können, wie dies schon in der Fassung der vorausgehenden Sätze angedeutet ist, sondern dass sogar eine Verbindung der verschiedenen Rechtswirkungen — je nach dem besonderen Charakter der rechtsgeschäftlichen Normen — bei ein und demselben Geschäfte und zwar in dem Einen Zeitpunkte seiner Vollendung als möglich erscheint.

Bei alledem darf allerdings nicht übersehen werden, dass das, was wir hier Vollendung des Rechtsgeschäfts nennen, sich nicht immer deckt mit dem herkömmlichen Begriff der Perfektion. Und was nicht minder wichtig ist: Die Rechtsfolgen, die — wie vorbemerkt — unmittelbar dem Inhalt der rechtsgeschäftlichen Normen entsprechen, sind keineswegs immer identisch mit denjenigen, welche das eigentliche Ziel des Rechtsgeschäfts bilden, ja oft nicht einmal mit denen, so für gewöhnlich als charakteristische Folgen einer bestimmten Rechtsgeschäfts-Art aufgeführt zu werden pflegen.

Nehmen wir den letzten Punkt voraus, indem wir unser Augenmerk in erster Linie auf diejenigen Rechtsgeschäfte „inter vivos“ richten, die schon bisher die meisten Bedenken gegen das Prinzip der Simultaneität oder wenigstens gegen dessen strenge Durchführbarkeit erregt haben, m. a. W. auf die sogen. bedingten Rechtsgeschäfte.[8])

---

[8]) Von den „mortis causa“ abgeschlossenen Rechtsgeschäften sehe ich für jetzt völlig ab, da bei diesen vor allem die Frage nach dem Moment ihrer Vollendung einer näheren Erörterung bedarf; ich behalte mir jedoch vor, später in Nr. 7 ihnen eine besondere Auseinandersetzung zu widmen.

3. Wenn wir die verschiedenen Ansichten überblicken, die unsre bisherige Rechtswissenschaft über die Natur der „bedingten Rechtsgeschäfte" aufgestellt hat, so ist nichts gewisser, als dass es eine wahrhaft herrschende Meinung hierüber gar nicht giebt.[9] Nur über zwei Voraussetzungen herrscht im wesentlichen Übereinstimmung. Einmal geht man ganz allgemein, wenn auch meist nur stillschweigend, davon aus, dass die Bedingung im bedingten Rechtsgeschäft eine völlig andere Rolle spielt, als wenn sie in einem Gesetze auftritt. Zum andern nimmt man beim bedingten Rechtsgeschäft eine wahre Rechtswirkung des Geschäfts meistens nur für den Fall der Verwirklichung der Bedingung an und behauptet ganz entsprechend, dass bei Deficienz der Bedingung gerade die dem Rechtsgeschäft charakteristische Rechtswirkung nicht eintrete.

Immerhin genügt schon dieses Minimum von Übereinstimmung in der bisherigen Litteratur, um die Stelle zu kennzeichnen, wo der Gegensatz zwischen dem alten Rechtsgeschäftsbegriff und dem unsrigen aufs schärfste hervortritt: Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass wir von unserm Rechtsgeschäftsbegriffe aus die beiden vorgenannten Voraussetzungen entschieden verwerfen müssen.

Fürs erste ist klar: Wenn das Wesen des Rechtsgeschäfts in nichts anderem besteht, als in einer Setzung subordinierter Rechtsnormen, — wenn demgemäss, wie wir ausgeführt haben, der einzige ganz allgemeine Unterschied zwischen den Rechtsgeschäften des Privatrechts und denen des öffentlichen Rechts allein auf die Verschiedenartigkeit der superordinierten Normen sich gründet und wesentlich das Gleiche auch von dem „Gesetze" im Vergleiche mit andern Geschäften des öffentlichen Rechts gilt, — so ist schlechterdings kein Grund abzusehen, warum irgendwelche bedingte oder hypothetische Normen, die in einem Privatrechts-

[9] Um sich hiervon zu überzeugen, reicht schon ein Blick auf die Zusammenstellung bei Windscheid (Pandekten, 5. A., § 86, Anm. 3a und Anm. 6) oder bei Brinz-Lotmar (Pandekten IV, S. 98 ff., Anm. 2 ff.) aus. Noch grösser jedoch erscheint die Verschiedenheit der Ansichten, namentlich in Betreff der Frage, was eigentlich als bedingt anzusehen und wie die Beziehung zwischen Wille und Rechtswirkung zu denken sei, wenn man ihrer näheren Darlegung bei den einzelnen Autoren nachgeht.

geschäfte auftreten, eine völlig andere Bedeutung haben sollen, als inhaltlich gleiche hypothetische Normen in einem Gesetze. Wohl ist zuzugeben, dass die Normen des Gesetzes abstrakte, weil für eine ungemessene Zahl von nur generell bestimmten Rechtsgenossen berechnete, die in einem Privatrechtsgeschäfte gesetzten Normen dagegen konkrete zu sein pflegen. Und damit hängt auch die Thatsache zusammen, dass die Bedingung in den hypothetischen Gesetzesnormen regelmässig als eine wiederholt — meist ungezählt viele Male — erfüllbare erscheint, während sie in den Normen eines Privatrechtsgeschäfts meist so gesetzt ist, dass nur an einen einzigen Eintritt derselben gedacht werden kann. Ein schlechthin durchgreifender Unterschied zwischen Gesetz und Privatrechtsgeschäft ist jedoch hierin nicht zu erblicken. Auf der einen Seite kommen auch in Privatrechtsgeschäften bedingte Normen vor, die auf eine wiederholte Beobachtung zugeschnitten sind, also auch einen wiederholten Eintritt der Bedingung — sei es nach dem besonderen Charakter des Rechtsgeschäfts, sei es nur als möglich aus andern Gründen — voraussetzen. Ich erinnere beispielsweise an zahlreiche Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen, durch welche die Verteilung der Geschäfte unter die Gesellschafter, die jährliche Berechnung des zu verteilenden Reingewinns, die jährlichen Zuweisungen an einen Reservefonds u. s. w. je nach den Umständen verschieden geregelt werden; desgleichen an die Festsetzung von Konventionalstrafen der verschiedensten Art, wie sie namentlich in den heute üblichen Dienstverträgen grösserer Unternehmer zahlreich sich finden. Anderseits sind auch sehr wohl Gesetze denkbar, die nichts weiter als eine einzige hypothetische Norm zum Inhalt haben und zwar eine solche, deren Wirksamwerden ganz in derselben Weise an den einmaligen Eintritt der fraglichen Bedingung geknüpft ist, wie dies bei dem „bedingten Rechtsgeschäft“ des Privatrechts vorausgesetzt zu werden pflegt. Es kann z. B. ein Verfassungsgesetz über die Thronfolge sich mit der kurzen Bestimmung begnügen, dass für den Fall, dass das gegenwärtige Herrscherhaus ausstirbt, das Haupt einer bestimmten anderen Familie zur Nachfolge berechtigt sein soll.

Nicht minder klar aber ist dann auch ein Zweites. Hat man einmal erkannt, dass das Wesen des Rechtsgeschäfts Normensetzung

ist und hält man mit uns daran fest, dass und in welchem Sinne jede gültige Normensetzung die Entstehung oder Auflösung oder Änderung eines oder mehrerer Rechtsverhältnisse in sich schliesst, so wird man auch nicht mehr daran denken, die Rechtswirkung des bedingten Rechtsgeschäfts als solchen erst von der Zukunft — von dem Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung — abhängig zu machen. Vielmehr stellt sich nun die Sache in voller Übereinstimmung mit dem Prinzip der Simultaneität einfach folgendermaassen dar.

Auch das bedingte Rechtsgeschäft ist vollendet mit dem Momente, wo die Normensetzung vollendet ist. Mit diesem Augenblick der Vollendung aber ist auch die Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts als solchen, d. h. dessen einzige unmittelbare Rechtswirkung da. Und zwar besteht diese Rechtswirkung in der Geltung der gesamten im Rechtsgeschäfte — natürlich in Gemässheit des superordinierten Rechts — gesetzten Rechtsnormen zwischen den Parteien oder, allgemeiner ausgedrückt, zwischen den Rechtsgenossen, für welche die Normen gegeben und bezw. genommen sind. Es giebt in dieser Beziehung schlechterdings keinen Unterschied zwischen bedingten und unbedingten Rechtsgeschäften. Nur der Inhalt der also zur Geltung gelangten Normen ist ein verschiedener und dementsprechend auch der Charakter der Rechtsverhältnisse, die unmittelbar mit diesen Normen gegeben und demgemäss sofort mit dem Beginn der Geltung derselben begründet oder verändert sind. Kennzeichnen sich die im Rechtsgeschäft gesetzten Normen als unbedingte, einfach kategorische, und denken wir zunächst an solche, die als Inhalt eines vorher nicht bestehenden Rechtsverhältnisses erscheinen, so hat auch das damit begründete Rechtsverhältnis, dessen Inhalt sie darstellen, unmittelbar vom Beginn ihrer Geltung an einen unbedingten, kategorischen Charakter, d. h. die in ihnen ausgedrückten Rechtsansprüche und Rechtspflichten sind selbst einfach kategorischer Art.[10]) Kennzeichnen jene Normen sich,

[10]) Dies gilt auch für die aus „befristeten“ oder „betagten“ Rechtsgeschäften hervorgehenden Rechtsverhältnisse, soweit nicht etwa die Einfügung des „dies“ in die Rechtsgeschäfts-Normen zugleich als Einfügung einer Bedingung angesehen werden muss: also genauer gesagt in all den Fällen, wo es sich um einen „dies certus an“ — gleichviel ob „certus quando“ oder

unter der gleichen Voraussetzung, als bedingte, — gleichviel ob die darin gesetzten Bedingungen mehrfach oder nur ein einziges Mal erfüllbar sind, ob ihr Eintritt objektiv ungewiss ist oder bloss subjektiv ungewiss für die Normsetzenden,[11]) ob sie für sich allein oder in Verbindung mit kategorischen Normen auftreten, — so ist auch das Rechtsverhältnis, welches durch das Rechtsgeschäft un-

———————

„incertus quando" — handelt. Dem Resultate nach steht diese Auffassung der von Savigny und Puchta vertretenen sehr nahe; da jedoch diese Ansicht neuerdings von verschiedenen Seiten her angefochten wird, so halte ich es für zweckmässig, der Frage der befristeten Rechtsgeschäfte in Nr. 4 eine besondere Betrachtung zu widmen, auf die ich hiermit verweise.

[11]) Ob die Wortverbindung „objektiv oder subjektiv ungewiss" sprachlich und logisch als eine korrekte anzusehen ist, mag man bezweifeln können; was jedoch damit gemeint ist, hat man bisher wohl noch immer verstanden. Eine andere Frage ist es, ob der mit jenen abkürzenden Bezeichnungen wirklich gemeinte, sachliche Gegensatz für hypothetische Normen irgendwelche besondere Rolle spielt. Für mein Teil glaube ich diese Frage verneinen zu müssen. Zwar auf den ersten Anblick scheint hier gerade der fragliche Gegensatz besonders deutlich hervorzutreten: der Eintritt aller „eigentlichen Bedingungen" im Sinne des bisherigen juristischen Sprachgebrauchs, der stets nur in einem zukünftigen Ereignisse bestehen kann, ist ebendarum stets „objektiv ungewiss"; die „condiciones in praeteritum vel praesens collatae" erscheinen umgekehrt als Bedingungen, deren Eintritt oder Nichteintritt objektiv, der Sache nach bereits entschieden und bloss für das Bewusstsein der Beteiligten noch ungewiss ist. Allein bei näherer Betrachtung ist es doch niemals der letzterwähnte, bereits erfolgte oder im Moment des Geschäftsabschlusses erfolgende Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung an sich, durch welchen die bedingte Norm zu einer unbedingten würde, sondern mit jener auf Vergangenheit oder Gegenwart verstellten Bedingung ist in Wahrheit stets noch eine auf die Zukunft verstellte Bedingung verbunden, die nicht minder erst erfüllt sein muss, ehe von einer kategorischen Anwendung der bis dahin hypothetischen Norm die Rede sein kann: die Bedingung, dass der in der Vergangenheit liegende Bedingungs-Eintritt irgendwie den Beteiligten gewiss wird. Allerdings kann unter diesem Gewisswerden wiederum Verschiedenes verstanden werden; es kommt in dieser Hinsicht natürlich darauf an, wohin die Meinung der Normsetzenden ging oder was gewisse ergänzende Normen des superordinierten Rechts hierüber bestimmen. Allein ohne irgendwelches Gewisswerden kann — praktisch gesprochen — überhaupt nicht von einem Eintritt oder Nichteintritt der „condicio in praeteritum vel in praesens collata" die Rede sein; und umgekehrt bedeutet die Erkenntnis der Unmöglichkeit jedes derartigen Gewisswerdens praktisch dasselbe, wie die Deficienz jener objektiv möglicherweise erfüllten Bedingung.

mittelbar begründet wurde, insoweit nur ein bedingtes, d. h. die seinen Inhalt bildenden Rechtsansprüche und Pflichten sind insoweit nur bedingte.[12]) Ganz Ähnliches gilt aber natürlich auch, wenn die im Rechtsgeschäft gesetzten Normen nicht als Inhalt eines neuen Rechtsverhältnisses gedacht sind, sondern vielmehr die Auflösung oder Veränderung eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses bezwecken. Lauten sie unbedingt, so wird dadurch die Auflösung oder Veränderung sofort kategorisch bestimmt; das will sagen: das Rechtsverhältnis wird sofort mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts aufgelöst oder doch dergestalt verändert, dass entweder sein rechtlicher Bestand auf eine bestimmte Zeit beschränkt erscheint oder gewisse darin enthaltene Rechtsansprüche

---

[12]) Aus einer konsequenten Durchführung dieser Auffassung wird sich auch von selbst die richtige Behandlung der sogen. uneigentlichen Bedingungen, insbesondere der „notwendigen", „unmöglichen", „perplexen" und „unzulässigen" ergeben. Dies im einzelnen nachzuweisen, würde freilich eine besondere Abhandlung erfordern. Ich glaube hierauf umsomehr verzichten zu dürfen, als das praktische Resultat, zu dem ich von meiner Auffassung aus gelange, fast durchweg übereinstimmt mit dem, was in der eingehendsten Erörterung dieser Dinge von Wächter (Pand. I, S. 366—76) ausgeführt worden ist. Nur auf zwei kleine Differenzpunkte muss ich aufmerksam machen. Einmal nötigt das schon in der vorigen Anmerkung über „condiciones in praesens vel praeteritum collatae" Gesagte auch zu gewissen Modifikationen bezüglich derjenigen „notwendigen" oder umgekehrt „unmöglichen" Bedingungen, die von den Normsetzenden zur Zeit der Vollendung des Rechtsgeschäfts noch nicht als notwendige oder unmögliche erkannt sind. Anderseits ist für eine oben noch nicht besonders genannte Art „uneigentlicher Bedingungen", für die sogen. „condiciones juris" noch schärfer, als dies von Wächter geschehen, der Unterschied zu betonen zwischen Bedingungen für die Vollendung des Rechtsgeschäfts, also Bedingungen, ohne deren Erfüllung überhaupt von gültigen Rechtsgeschäfts-Normen noch gar nicht die Rede sein kann, und solchen „condiciones juris", von deren Erfüllung nicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts schlechthin, sondern nur eine bestimmte Art der Wirksamkeit oder gar nur die Wirkung einzelner im Rechtsgeschäft selbst gesetzter oder superordinierter Normen abhängt. Bloss die „Rechtsbedingungen" der zweiten Art sind zum Inhalt des Rechtsgeschäfts zu rechnen, wenn auch ihre Hinzufügung insoweit, als sie wirklich zugleich dem superordinierten Rechte angehören, als eine überflüssige erscheint. Die Bedingungen der Rechtsgeschäfts-Vollendung dagegen gehören niemals in die rechtsgeschäftlichen Normen selbst hinein und kommen demgemäss auch für unsre gegenwärtige Untersuchung gar nicht in Betracht. (Vgl. unten Anm. 15.)

und Pflichten durch andere ersetzt werden. Lauten dagegen die rechtsgeschäftlichen Normen bedingt, so wird zunächst stets nur eine Veränderung des Rechtsverhältnisses in der Richtung herbeigeführt, dass die seinen Inhalt bildenden Rechtsansprüche und Pflichten — sämtlich oder teilweise — aus bisher kategorischen zu bedingten, nämlich der Aufhebung oder des Ersatzes gleichsam harrenden, bezw. die zum Ersatz bestimmten ebenfalls bereits (aber selbstverständlich auch bloss bedingterweise) in den Inhalt des Rechtsverhältnisses aufgenommen werden.[13])

Eine ganz andere Frage ist es, ob das bedingte Rechtsverhältnis, das uns als einzige unmittelbare Rechtswirkung eines bedingten Rechtsgeschäfts entgegentritt, auch als das eigentliche, mit dem Rechtsgeschäft erstrebte Ziel der Normsetzenden aufgefasst werden darf. Sie mag allenfalls bejaht werden, wo als Zweck der Normensetzung, wie z. B. bei den meisten Gesetzen und nicht minder bei Strafbestimmungen in allen möglichen andern Rechtsgeschäften, die Konstituierung oder die Beobachtung des Rechts als solchen erscheint. Sie ist offenbar zu verneinen, wo die bedingte Normensetzung dem Setzenden vielmehr als Mittel dient, auf die Erfüllung der gesetzten Bedingung durch einen Andern hinzuwirken, wie sich dies insbesondere an der Setzung reiner Potestativbedingungen beobachten lässt. Will man nun in allen solchen Fällen, in denen aus irgend einem Grunde die unmittelbare Rechtswirkung und das eigentliche Ziel des Rechts-

---

[13]) Aus den vorstehenden Bemerkungen ergiebt sich auch von selbst die Beurteilung derjenigen Fälle, wo derartige aufhebende oder verändernde Rechtsnormen nicht einem besonderen Rechtsgeschäfte, sondern schon dem ein Rechtsverhältnis begründenden Rechtsgeschäfte angehören. Natürlich kann dann von einer wahren Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses nicht die Rede sein. Vielmehr ist dann dieses ursprüngliche Rechtsverhältnis selbst ein von Anfang an bedingtes; bloss die Art des Bedingtseins ist eine von der zuerst ins Auge gefassten verschiedene. Dort handelte es sich um ein — ganz oder teilweise — suspensiv bedingtes Rechtsverhältnis, hier um ein resolutiv oder, wenn ich so sagen darf, mutativ bedingtes; dort ist die ganze Wirksamkeit, sei es aller, sei es nur gewisser Rechtsansprüche und Pflichten, die den Inhalt des bedingten Rechtsverhältnisses bilden, hier bloss der Fortbestand der sofort mit Vollendung des Rechtsgeschäfts wirksam gewordenen Ansprüche und Pflichten bedingt.

geschäfts nicht zusammenfallen, die Zeit zwischen dem Eintritt der ersteren und dem Eintritt der Bedingung, mit welchem auch das eigentliche Ziel des Rechtsgeschäfts erreicht wird, als einen „Schwebezustand" bezeichnen, so steht dem sprachlich nichts entgegen. Nur darf man damit nicht die Vorstellung verbinden, als wenn in dieser Zwischenzeit kein wahres Rechtsverhältnis bestünde. Ein solches besteht vielmehr unter allen Umständen; der Eintritt der Bedingung bedeutet stets nur den Eintritt einer neuen Rechtswirkung, und ganz ebenso auch das Gewisswerden des Nichteintritts. Aber allerdings ist diese neue Rechtswirkung eine verschiedene, je nachdem die Bedingung eine mehrmals erfüllbare oder bloss ein einmaliger Eintritt denkbar ist. Im ersteren Falle bleibt das bereits bestehende bedingte Rechtsverhältnis an und für sich völlig unberührt; es entsteht jedoch bei jedem Eintritt der Bedingung ein neues, dem fortbestehenden bedingten Verhältnisse subordiniertes Rechtsverhältnis. So steht die Sache bei den Rechtsverhältnissen, deren Inhalt die abstrakten hypothetischen Normen in Staats- oder Kirchengesetzen darstellen. Das Staatsverhältnis im engeren Sinne, zu dessen Inhalt gewisse Strafsatzungen gehören, desgleichen die Teilverhältnisse, in welche sich dieses Staatsverhältnis auflösen lässt, werden durch die Verübung eines Verbrechens von der mit Strafe bedrohten Art an sich in keiner Weise verändert; wohl aber entsteht durch jedes derartige Verbrechen oder m. a. W. durch den jedesmaligen Eintritt der Bedingung, von welchem die konkrete Anwendung der Strafsatzung abhängt, ein jenem Staatsverhältnisse subordiniertes, oder wenn man lieber will, eine Mehrzahl solcher subordinierter Rechtsverhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Staate einerseits, dem Staate und seinen Organen und gewissen andern Staatsgenossen anderseits.[14]) Von einer Deficienz der Bedingung kann natürlich hier überhaupt nicht die Rede sein. In dem zweiten oben bemerkten Falle dagegen erfährt umgekehrt das bisher existierende Rechtsverhältnis selbst infolge des Eintritts oder des Gewisswerdens des Nichteintritts

---

[14]) Wie dies im einzelnen zu denken ist, habe ich ausführlich dargelegt und bewiesen in der Zeitschr. f. Strafrechtswissensch. Bd. X, S. 269—298.

eine Veränderung: im Falle des Eintritts wird es umgewandelt in ein Rechtsverhältnis von unbedingtem, kategorischen Charakter; im Falle der Deficienz der Bedingung verliert die bedingte Rechtsnorm ihre rechtliche Bedeutung, die entsprechenden bedingten Rechtsansprüche und Rechtspflichten erscheinen demnach als aufgehoben, und wenn solche den ausschliesslichen Inhalt des fraglichen Rechtsverhältnisses bilden, dieses selbst als völlig aufgelöst.

Man wird mir vielleicht einwerfen, ich habe in den vorstehenden Ausführungen den Begriff des bedingten Rechtsgeschäfts von vornherein viel zu weit gefasst, da nach dem herrschenden Sprachgebrauche alle jene Privatrechtsgeschäfte, durch welche bedingte Rechtsnormen als wiederholt erfüllbare oder in Verbindung mit unbedingten Normen gesetzt werden, gar nicht zu den bedingten Rechtsgeschäften im eigentlichen Sinne gehörten, — von Gesetzen und andern Geschäften des öffentlichen Rechts ganz zu geschweigen. Hieran ist zweifellos richtig, dass unser Begriff des bedingten Rechtsgeschäfts ein wesentlich anderer ist, als der sonst angenommene: bedingtes Rechtsgeschäft müssen wir, ausgehend von unserm Begriffe des Rechtsgeschäfts überhaupt, jedes auf Setzung hypothetischer Rechtsnormen gerichtete nennen; was nach dem bisherigen Sprachgebrauche als bedingtes Rechtsgeschäft anzusehen ist, bildet demnach nur einen verhältnismässig sehr kleinen Kreis innerhalb des bedingten Rechtsgeschäfts in unserm Sinne.[15]) Es ist auch leicht zu sehen, dass in Bezug auf

---

[15]) Damit ist nochmals deutlich ausgesprochen, dass wir auch das bedingte Rechtsgeschäft im engeren Sinne immer nur als ein Rechtsgeschäft ansehen können, dessen Inhalt bedingt ist, d. h. in hypothetischen Normen besteht, — niemals dagegen als ein Rechtsgeschäft, das als Geschäft selbst, als Handlung oder geschlossener Komplex von Handlungen „bedingt“ wäre. Wenn die römischen Rechtsquellen schlechtweg von „contractus condicionalis, emtio venditio condicionalis“ reden, so beweist dies für die gegenteilige Anschauung ebensowenig, wie unser heutiger Ausdruck „bedingtes Rechtsgeschäft“. Die fraglichen Adjektiva können, wie schon von andern — z. B. von Regelsberger, Pandekten I, S. 557 unter Nr. 1 — mit Recht bemerkt worden ist, ganz ebensogut auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, als auf den Akt des Geschäftsabschlusses bezogen werden; und wenn daneben die Bezeichnung „obligatio condicionalis“ vorkommt, so spricht dies direkt für die erstere Auslegung. Auch die im Falle der Deficienz der Bedingung eintretende

das ungleich umfassendere Gebiet der nach unsrer Auffassung ausserdem noch den bedingten zuzuzählenden Rechtsgeschäfte schon die bisherige Jurisprudenz, wenn auch nicht in der theoretischen Konstruktion, so doch in der praktischen Behandlung der Sache durchweg denselben Grundsätzen gefolgt ist, wie wir sie oben für diese Arten von Rechtsgeschäften dargelegt haben: die von uns geforderte Gleichstellung von Privatrechtsgeschäft und Gesetz in Betreff der Behandlung von bedingten Rechtsnormen, die ihren Inhalt ausschliesslich oder mit andern zusammen bilden, ist insoweit thatsächlich wohl allgemein anerkannt. So wird niemand bezweifeln, dass die hypothetischen Normen eines Dienstvertrags, in denen für den Fall gewisser Pflichtverletzungen des Bediensteten irgendwelche eventuell immer wiederkehrende Konventionalstrafen festgesetzt sind, innerhalb ihres beschränkten Herrschaftsbereiches ganz denselben Charakter haben, wie die

---

Behandlung der betreffenden Rechtsgeschäfte als von Anfang nicht vorhandener liefert keinen Beweis für die gegenteilige Meinung, da diese von den römischen Juristen beliebte Rückziehung, wie wir unten noch zu erörtern haben werden, unter allen Umständen nur als eine Fiktion erklärt werden kann. Aber selbst wenn die jenen Rechtsquellen zu Grunde liegende Anschauung die hier abgelehnte wäre, so würde uns das nicht hindern können, sie für logisch unzulässig zu erklären. Nicht als wenn wir leugnen möchten, dass auch der Geschäftsschluss selbst oder die Thätigkeit der daran Beteiligten als mehr oder weniger bedingt bezeichnet werden kann. Namentlich kommt hier die in Anm. 12 an erster Stelle genannte Art von „condiciones juris“ in Betracht. Allein das sind eben Bedingungen, vor deren Erfüllung von einer Vollendung des Rechtsgeschäfts oder von irgendwelcher Gültigkeit des Geschäftsabschlusses schlechterdings nicht die Rede sein kann. Und darum erscheint ihre Aufnahme in die Rechtsgeschäftsnormen selbst geradezu als ein Nonsens oder mindestens als im Widerspruch mit der ihnen zukommenden Bedeutung. Sieht man dagegen die Beispiele an, die uns die römischen Juristen von „bedingten Rechtsgeschäften“ darbieten, so sind es regelmässig nicht solche, sondern ganz anders geartete Bedingungen, die uns da vorgeführt werden. . . Schliesslich mag noch zur Rechtfertigung des Gebrauchs der Wortbildungen „bedingtes“ oder „hypothetisches Rechtsgeschäft“ in unserm Sinne auf den analogen Gebrauch des Ausdrucks „hypothetisches Urteil“ hingewiesen werden. Dass hierbei niemals an ein Urteil zu denken ist, das überhaupt noch nicht als Urteil fertig, also in diesem Sinne noch „bedingt“ wäre, sondern immer bloss an ein Urteil, das seinem Inhalt nach „bedingt“ oder „hypothetisch“ ist, darf wohl als allgemein bekannt gelten.

Strafsatzungen unserer Staatsgesetze, provinzieller oder städtischer Polizeiverordnungen u. s. w., je innerhalb des ihrigen. Das will sagen: Gleichwie durch den mehr oder weniger wiederkehrenden Eintritt der Bedingung, an welche eine Rechtsnorm der letzteren Art Strafe knüpfen will, niemals das Rechtsverhältnis der staatlichen, provinziellen, städtischen Rechtsgemeinschaft als solches Veränderungen erfährt, sondern immer nur neue, dem vorbezeichneten umfassenderen Rechtsverhältnisse subordinierte Verhältnisse entstehen, so ruft auch jede Pflichtverletzung, an welche der Dienstvertrag eine Konventionalstrafe knüpft, immer bloss ein neues, dem Dienstverhältnisse im allgemeinen subordiniertes Rechtsverhältnis hervor; das Dienstverhältnis selbst wird also davon an sich nicht berührt.[16]) Wo anderseits die nur einmal erfüllbare Bedingung in einer hypothetischen Rechtsnorm auftritt, die nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit andern, kategorischen Normen zusammen den Inhalt eines Rechtsverhältnisses darstellt, da ist wiederum auch schon die bisherige Wissenschaft sachlich ziemlich einig darin, dass der Eintritt der Bedingung eine Veränderung des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses herbeiführt, sei es durch Umwandlung einzelner bisher bloss bedingter Ansprüche und Pflichten in unbedingte, sei es durch Umwandlung oder Auflösung des ganzen Rechtsverhältnisses.

Aber die letzterwähnten Thatsachen sprechen doch zugleich entschieden zu Gunsten unsrer Auffassung des bedingten Rechtsgeschäfts. Auf der andern Seite enthält unsre obige Ausführung bereits einen deutlichen Hinweis, wie auch die im Sinne der bisherigen Doktrin „bedingten“ Rechtsgeschäfte von der einmal gewonnenen richtigen Grundlage aus, dass das Wesen des Rechtsgeschäfts Normensetzung ist, höchst einfach sich erklären. Es bleibt nur weniges in dieser Richtung hinzuzufügen.

---

[16]) Dass das dem Dienstverhältnisse (als einem Rechtsverhältnisse zweiter Ordnung) untergeordnete Verhältnis nur ein Rechtsverhältnis dritter Ordnung ist, während das durch ein Verbrechen (als Eintritt der Bedingung einer staatlichen Strafsatzung) begründete, dem Staatsverhältnisse unmittelbar subordinierte Verhältnis ein Rechtsverhältnis zweiter Ordnung ist, kommt für unsere gegenwärtige Erörterung ebensowenig in Betracht, wie der Gegensatz zwischen der Einfachheit des ersteren und der höchst komplizierten Gestaltung des letzteren.

Zunächst ist zu beachten, dass di[illegible] dingten Rechtsgeschäfte in Wahrheit zu [illegible] Rechtsgeschäften mit einem gemischten N[illegible] neben einer oder mehreren durch das Re[illegible] Normen steht eine hypothetische Norm, welch[illegible] ersteren namentlich bezüglich ihrer Dauer besch[illegible] hat man auch schon bisher nicht geleugnet, [illegible]er Vollendung des Rechtsgeschäfts stets sofort ei[illegible] Rechtsverhältnis entsteht, welches nur rücksichtlich seiner Dauer und im Zusammenhang damit je nach Umständen auch noch in weitergehender Weise in seiner Wirksamkeit eigentümlich bedingt ist; ein Rechtsverhältnis also, das später bei Deficienz der Bedingung in ein entsprechend bedingungsloses umgewandelt, durch Eintritt der Bedingung aber aufgelöst wird. Ob diese neue Rechtswirkung nach dem Willen der Normensetzenden oder nach Bestimmungen eines superordinierten Rechts „zurückzubeziehen“ ist auf einen früheren Zeitpunkt, etwa auf den der Vollendung des Rechtsgeschäfts, erscheint für unsre prinzipielle Auffassung der Sache vollständig gleichgültig. Das mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts begründete Rechtsverhältnis ist keinesfalls ein bloss eingebildetes; es hat in Wahrheit bestanden, auch wenn es nachträglich „rückwärts“ aufgelöst wird. Und zwar hat es bestanden immer bloss als ein „resolutiv bedingtes“, auch wenn es nachträglich — infolge der eingetretenen Deficienz der Bedingung — als „von Anfang an bedingungsloses“ behandelt werden muss. Die sogen. Rückziehung ist also nichts als eine Fiktion, als ein Kunstgriff behufs Erreichung bestimmter praktischer Zwecke, welche die Normsetzenden bei der Aufstellung der fraglichen hypothetischen Normen oder die jenen resolutiv bedingten Rechtsgeschäften superordinierten Rechte bei der Sanktionierung derselben verfolgen. Auch diese praktischen Zwecke können natürlich immer bloss für die Zukunft, d. h. von dem Moment an, wo die Bedingung eintritt oder deficiert, wirklich erreicht werden; so wenig es in der Naturwelt möglich ist, Geschehenes ungeschehen oder umgekehrt die Zukunft zur Vergangenheit zu machen, so wenig in der Welt des Rechts oder in einem andern Gebiete des Geisteslebens. Wohl aber ist es dem menschlichen Willen möglich, sich und Andern

Ziele des Handelns zu setzen auch unter bewusster oder unbewusster Verkehrung derjenigen vergangenen oder gegenwärtigen Thatbestände, nach welchen dieses Handeln sich richten soll, und eben von dieser Möglichkeit hat das Recht oder die Rechtswissenschaft Gebrauch gemacht, wo sie bisher eine „Rückziehung“ der Rechtswirkung beim Eintritt der Bedingung oder umgekehrt bei Deficienz derselben auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtsgeschäfts oder irgend einen andern früheren Zeitpunkt forderte. Wieweit sie dies bewusst oder unbewusst gethan haben, ist für die Beurteilung unsrer Frage im allgemeinen völlig irrelevant.

Nach alledem aber ist auch das seinem ganzen Inhalte nach suspensiv-bedingte Rechtsgeschäft nicht wesentlich anders zu konstruieren, als das resolutiv-bedingte oder sonstwelches gemischt-bedingte Rechtsgeschäft. Auch bei ihm fällt die einzige unmittelbare Wirkung des Rechtsgeschäfts — die Entstehung eines seinem ganzen Inhalte nach bedingten Rechtsverhältnisses — genau zusammen mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts; auch hier führt der Eintritt der im Rechtsgeschäft gesetzten und dem dadurch gewirkten Rechtsverhältnisse inhärenten Bedingung stets zu einer neuen Rechtswirkung, nämlich zur Umwandlung des bisher bestehenden Verhältnisses in ein unbedingtes, und ebenso die Deficienz der Bedingung zur völligen Vernichtung desselben. Und nicht minder muss wiederholt werden, dass diese Thatsachen festzuhalten sind ohne alle Rücksicht darauf, ob die Normsetzenden oder das betreffende superordinierte Recht aus irgendwelchen Gründen eine „Rückwirkung“ bei Eintritt oder Deficienz der Bedingung konstituieren oder nicht. Die „Rückwirkung“ ist bei Lichte betrachtet immer bloss eine eigenartige Wirkung in die Zukunft; nicht die Vergangenheit selbst wird dadurch verändert, sondern nur das Bild der Vergangenheit, das für die Folgezeit in einer bestimmten Beziehung maassgebend sein soll.[17])

---

[17]) Diese Auffassung der „Rückziehung“ ist in der Hauptsache auch schon von andern vertreten worden. So von Wächter, Pandekten II, S. 391 ff.; so am eingehendsten von Bekker, Pandekten II, S. 306—310, auf dessen Ausführungen gegen die Anhänger der Fittingschen Lehre ich im allgemeinen verweisen darf. Nur der erst später erhobenen Behauptung Hölder's (Pandekten S. 264), „die rechtliche Existenz eines Rechtsverhältnisses“ sei „identisch

Es bedarf kaum der Bemerkung, dass unsere Auffassung der bedingten Rechtsgeschäfte und der daraus unmittelbar hervorgehenden bedingten Rechtsverhältnisse, Ansprüche und Pflichten auch recht wohl im Einklang steht mit der praktischen Anschauung unsers Verkehrslebens. Man erblickt da beispielsweise in einer bedingten Forderung nicht ein unsagbares Etwas, das zwischen einem wahren Forderungsrechte und einem blossen Nichts mitten inne steht, sondern einfach eine Forderung von zweifelhafter Realisierbarkeit, die sich von andern Forderungen von zweifelhaftem Werte nur durch den besonderen Grund der Ungewissheit und entsprechender Minderwertigkeit unterscheidet. Desgleichen dürfte auf der Hand liegen, dass diejenigen Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts, die unsre positiven Rechte offenbar schon während der „Schwebezeit“ eintreten lassen, — wie das Recht

---

mit seiner Behandlung als eines existenten“, glaube ich noch mit einigen Worten entgegentreten zu sollen. Dass Wirklichkeit und Fiktion, wahrer Sachverhalt und bewusste oder unbewusste Umdeutung des Sachverhalts unter allen Umständen — weil schon den Begriffen nach — Gegensätze sind, also auch niemals identisch sein können, wird auch Hölder nicht leugnen. Danach ist aber seine oben citierte Bemerkung nur unter der Voraussetzung verständlich, dass er in den Rechtsverhältnissen überhaupt nicht wirkliche, wenn auch natürlich immer bloss innerliche, geistige Verhältnisse oder Beziehungen zwischen lebendigen Menschen sieht, sondern vielmehr eine blosse Schablone, deren sich die Wissenschaft bedient, um den seinem Wesen nach nicht weiter bestimmbaren Stoff des Rechtslebens rein äusserlich in einer grösseren oder kleineren Zahl von Fächern unterzubringen und nach gewissen gleichen Grundsätzen zu behandeln. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann man in der That sagen, dass die Existenz jedes Rechtsverhältnisses in nichts anderem bestehe, als in einem „als existent behandelt werden“. Sollte dies wirklich die Meinung Hölder's sein, so müsste ich auf jede Verständigung mit ihm verzichten; denn ganz abgesehen von meiner eigenen, im ersten Buche dargelegten Ansicht von den Rechtsverhältnissen, würde überhaupt die ganze Lehre von den Rechtsverhältnissen dann gar nicht mehr als Gegenstand einer juristischen Prinzipienlehre in unserm Sinne, sondern bloss noch etwa als ein Stück juristischer Dialektik oder Methodik anzusehen sein. Indessen möchte ich vorläufig glauben, dass H. selbst nicht daran denkt, soweit zu gehen und sich vielmehr einfach durch einen Trugschluss zu seiner Bemerkung hat verleiten lassen. Macht doch, wie wir bereits wiederholt konstatiert haben, fast die gesamte bisherige Jurisprudenz genau denselben Trugschluss bei dem Begriff des Rechtsgeschäfts, indem sie diesen Begriff so weit zu definieren

auf Sicherheitsleistung, auf Geltendmachung im Konkurse, Veräusserlichkeit und Vererbung, — viel leichter von unserm Standpunkte aus verständlich erscheinen, als von einer Ansicht aus, die während des Schwebens der Bedingung gar kein wahres, der bedingten Rechtsnorm entsprechendes Rechtsverhältnis oder, was dasselbe besagt, keine wahren Rechtsansprüche und Pflichten von bloss bedingtem Inhalt anerkennen will.

Zum Schluss will ich nur noch darauf hinweisen, dass gerade durch das „bedingte Rechtsgeschäft" der Grundgedanke, der alle unsre Erörterungen über das Rechtsgeschäft überhaupt durchzieht, besonders nahegelegt wird. Mag man auf die Wortbildung „condicio" oder auf die zahlreichen Beispiele bedingter Rechtsgeschäfte sehen, die uns die römischen Juristen darbieten, — mag man an die in den älteren Darstellungen der Lehre übliche, wenn auch

---

sich bemüht, dass darunter auch wirklich alles fällt, was ein gewisses positives Recht als Rechtsgeschäft bezeichnet oder behandelt. So gewiss gegen eine solche Fassung des Begriffs gar nichts zu sagen ist, sofern es sich bloss um eine Wort-Erklärung auf Grund eines bestimmten Sprachgebrauchs handelt, so gewiss müssen wir immer wieder darauf hinweisen, dass unter diesen „positivrechtlichen" Begriff Thatbestände fallen können, die an sich, d. h. ohne Rücksicht auf bestimmte praktische Folgen betrachtet, geradezu als gegensätzliche erscheinen. Und genau so liegt die Sache hier in Bezug auf den Begriff des „existenten Rechtsverhältnisses". Vom Standpunkte eines bestimmten positivrechtlichen Sprachgebrauchs aus wird man Hölder zugeben müssen, dass alles, was das betreffende Recht als existentes Rechtsverhältnis bezeichnet oder behandelt, eben damit unter diesen positivrechtlichen Begriff fällt. Aber ob dieser Begriff wissenschaftlich etwas taugt, ob darunter wirklich zusammengehörige oder daneben mehr oder weniger auch widersprechende Dinge vereinigt sind, darüber giebt uns die blosse Thatsache der Gleichbezeichnung oder Gleichbehandlung gar keinen Aufschluss. Auf unsern speziellen Fall angewandt: Die „Rückziehung" hat allerdings die Bedeutung, dass das bedingte Rechtsverhältnis im Falle des Bedingungseintritts als ein vom Abschluss des Rechtsgeschäfts an „existierendes" Rechtsverhältnis im Sinne des in Frage befangenen positiven Rechts erscheint; aber daraus ist in Wahrheit gar kein Schluss zu ziehen auf die Gleichartigkeit dieser Existenz mit der Existenz anderer Rechtsverhältnisse, und ebensowenig auf die Nichtexistenz solcher Rechtsverhältnisse, die nur jenem positiven Rechte nicht als existente Rechtsverhältnisse erscheinen. Wer dennoch so schliesst, der verwechselt eine positivrechtliche Auffassung der Sache mit der Sache selbst. (Vgl. § 1, Nr. 4, Bd. I, S. 7—12.)

nicht zu billigende Bezeichnung der Bedingungen als „Nebenbestimmungen“ oder vielmehr an die neuerdings aufgestellte, freilich von unserm Standpunkte aus nicht minder verwerfliche Ansicht denken, dass während der „Schwebezeit“ zwar kein Rechtsverhältnis, wohl aber eine „Regel“ über den Eintritt eines solchen bestehe, — immer und überall macht sich doch das Gefühl davon geltend, dass das Charakteristische der bedingten Rechtsgeschäfte in den darin gesetzten bedingten Normen bestehe. Und von diesem Gefühle ist offenbar nur ein Schritt zu der Erkenntnis, dass überhaupt in allen Rechtsgeschäften wesentlich Normen gesetzt werden, und dass demgemäss jene bedingten Normen bloss eine besondere Art rechtsgeschäftlicher Normen bilden.

4. Der § 163 unseres Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches schreibt vor: „Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- oder ein Endtermin bestimmt worden, so finden im ersteren Falle die für die aufschiebende, im letzteren Falle die für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 entsprechende Anwendung.“ Dass für diese Vorschrift sich gewisse praktische Gründe geltend machen lassen, namentlich nachdem durch § 159 die „Rückwirkung“ bedingter Rechtsgeschäfte auf besonders nachzuweisende Ausnahmefälle beschränkt ist, will ich nicht leugnen; ich werde auf diese praktischen Momente noch zurückkommen. Allein noch viel gewisser ist mir, dass aus einer solchen Gesetzesbestimmung sich schlechterdings keine allgemeinen theoretischen Schlussfolgerungen über das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts überhaupt ziehen lassen. Im gegenwärtigen Falle erlaubt dies schon deren Fassung nicht. Aus der „entsprechenden Anwendung“ der Vorschriften über das bedingte Rechtsgeschäft folgt durchaus nicht, dass befristete und bedingte Rechtsgeschäfte als ihrem Wesen nach gleichartige Dinge aufgefasst werden; die Berücksichtigung der ersteren in einem besonderen Paragraphen und die Ausschliessung des § 159 von der Verweisung spricht vielmehr gegen eine solche Auffassung. Ebenso gewiss ist aus dem § 158, nach welchem „die von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung eintritt“, bei Anwendung auf befristete Rechtsgeschäfte nicht zu folgern, dass man damit die

ältere, vor allen von Savigny verfochtene Ansicht vom befristeten Rechtsgeschäft habe verwerfen, eine entgegengesetzte sanktionieren wollen. Die Fassung des § 158 ist vielmehr eine so vorsichtige, dass daraus schlechterdings nichts darüber zu entnehmen ist, ob und welche Wirkung dem Geschäftsakt an sich zukommt. Und so wenig sie darum der konsequenten Durchführung unsrer in Nr. 3 dargelegten Anschauung vom bedingten Rechtsgeschäft entgegensteht, so wenig schliesst sie eine Auffassung des befristeten Rechtsgeschäfts aus, wie wir solche ebenfalls bereits in Nr. 3 — in Anm. 10 — andeuteten und als jener älteren civilistischen Ansicht[18]) sehr nahestehend bezeichnen durften.

Die vorerwähnten, wenn auch nur negativen Thatsachen sind insofern wertvoll, als dadurch für die künftige Privatrechtswissenschaft freie Bahn auf einem Gebiete geschaffen ist, in welchem bisher die Anschauungen der römischen Juristen ein fast unübersteigliches Hindernis für eine unbefangene Prüfung zu bilden schienen. Aber auch wenn unser B. G.-B. minder vorsichtig und zurückhaltend aufträte, wenn es wirklich einer bestimmten theoretischen Meinung vom bedingten und befristeten Rechtsgeschäft gefolgt wäre, so würde dies immer nur für die Auslegung seiner Bestimmungen möglicherweise von Bedeutung sein; ein Beweis für die Richtigkeit dieser theoretischen Meinung wäre darin keinesfalls zu finden. Aus dem gleichen Grunde erscheinen auch die meisten Argumente, mit welchen man die ältere civilistische Ansicht vom befristeten Rechtsgeschäft angefochten hat, — sofern sie nämlich ausschliesslich aus gewissen positiven, römisch-rechtlichen Bestimmungen abgeleitet sind, — von vornherein als nicht stichhaltig. Nur ein in der That allgemeiner Grund fordert zu einer besonderen Erörterung heraus.

Jene ältere Ansicht vom befristeten, oder sagen wir zunächst: unter Festsetzung eines Anfangstermins abgeschlossenen Rechts-

---

[18]) Was für eine Ansicht hiermit gemeint ist, habe ich schon vorher durch den Hinweis auf Savigny zur Genüge angedeutet; ihren Hauptinhalt werde ich später im Texte selbst kurz zusammenfassen. Dass ich sie schlechtweg als „ältere civilistische Ansicht“ bezeichne, wird keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen, obgleich mir nicht unbekannt ist, dass bereits Cocceji eine aufs schärfste entgegengesetzte aufgestellt hat.

geschäfte geht bekanntlich dahin, dass die durch das Geschäft begründeten Rechte und Pflichten unmittelbar mit dem Abschluss des Geschäfts entstanden sind, jodoch erst mit dem Eintritt des Termins wirksam werden. Hiergegen wendet man nun ein: Rechte und Pflichten, die nicht als solche wirken, seien überhaupt keine wahren Rechte und Pflichten. Auf den ersten Anblick nimmt sich dieser Einwand auch sehr plausibel aus. Allein bei näherer Betrachtung trifft er gar nicht das wirkliche Angriffsobjekt; und zwar darum nicht, weil mit dem „wirken“ oder „wirksam sein“ in dem Einwurfe etwas ganz anderes gemeint ist, als in der angegriffenen Behauptung. Es mag erlaubt sein, dies durch ein Beispiel aus einem andern Wissensschaftsgebiete deutlich zu machen. Wenn wir einen Stein auf einer über den Erdboden erhöhten festen Unterlage ruhen sehen, so sind wir im gemeinen Leben überhaupt nicht gewohnt von einer „Wirkung“ der Erde auf den Stein zu reden; vielmehr thun wir dies regelmässig erst dann, wenn durch eine veränderte Stellung oder gänzliche Entziehung der Unterlage die anziehende Wirkung der Erde in einer Bewegung des bis dahin im Zustand der Ruhe befindlichen Körpers äusserlich sichtbar wird. Dagegen ist nach der Auffassung und Sprache des Physikers die Anziehungskraft der Erde in dem ersterwähnten Falle nicht weniger wirksam wie in dem zweiten; nur dass das eine Mal die Wirkung nur in einem für das Auge unerkennbaren Drucke auf die Unterlage, das andere Mal (zufolge der veränderten Stellung) in der Bewegung des angezogenen Körpers besteht. Ein ganz ähnlicher Gegensatz nun, wie er hiernach zwischen dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens und dem der Naturwissenschaft zu konstatieren ist, besteht auch zwischen dem Sprachgebrauch der älteren Civilisten und dem ihrer Gegner. Jene reden in Übereinstimmung mit dem gemeinen Sprachgebrauche erst da von einer „Wirksamkeit“ des Rechts, wo solche mit dem Eintritt des Anfangstermins auch für das Laienauge sichtbar hervortritt; diese halten sich an den Sprachgebrauch der Wissenschaft, wenn sie in der „Wirksamkeit“ eine notwendige Eigenschaft jedes Rechts erblicken. Und darum besteht sachlich gar nicht notwendig ein Widerspruch zwischen diesen beiden Anschauungen. Genauer besehen, leugnet die ältere Ansicht durchaus nicht, dass die durch

das Rechtsgeschäft begründeten Rechte und Pflichten im Sinne des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs bereits vor dem Eintritt des Anfangstermins wirksam sind; im Gegenteil, indem sie die Existenz der Rechte unmittelbar mit dem Abschluss des Geschäfts beginnen lässt und sie in Gegensatz stellt zu der erst mit dem Termineintritt beginnenden Wirksamkeit derselben, erkennt sie der Sache nach das an, worauf es ankommt, und versäumt nur hervorzuheben, dass „Existenz" und „Wirksamkeit" im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs bloss zwei verschiedene Arten des Wirkens im wissenschaftlichen Sinne sind, die sich am kürzesten etwa durch Ausdrücke wie „latentes und sichtbares Wirken" oder auch als „gebundene und freie Wirksamkeit" charakterisieren lassen. Umgekehrt haben die Gegner zwar mit Recht den wissenschaftlichen Sprachgebrauch adoptiert, aber sie irren in der Sache, indem sie beim betagten Rechtsgeschäft die in der That schon vor dem Eintritt des Termins vorhandene, wenn auch nur latente und gebundene Wirksamkeit vollständig verkennen.

Freilich bedarf diese letzte Behauptung erst noch der Begründung. Vor allem ist zu diesem Zwecke die Frage zu beantworten: Worin besteht denn eigentlich die von uns behauptete latente oder gebundene Wirksamkeit der unmittelbar durch das Rechtsgeschäft hervorgebrachten Rechte und Pflichten?

Ob diese Frage von den bisherigen Vertretern der älteren Ansicht in zureichender Weise beantwortet ist, mag man bezweifeln; ja, ich bin sogar geneigt zu glauben, dass sie von dem alten Rechtsgeschäftsbegriffe aus überhaupt nicht völlig befriedigend gelöst werden kann. Sobald man dagegen mit uns davon ausgeht, dass das Wesen des Rechtsgeschäfts „Setzung subordinierter Rechtsnormen" ist, so liegt die Antwort auf jene Frage geradezu auf der Hand: die latente Wirksamkeit der unmittelbar aus dem Abschlusse eines Rechtsgeschäfts hervorgehenden, wenn auch betagten Rechte und Pflichten besteht einfach darin, dass die deren Inhalt bildenden, im Rechtsgeschäfte gesetzten Normen Geltung fordern und erlangen, d. h. als Normen anerkannt sein wollen und auch — mindestens indirekt, als andern, zweifellos anerkannten Normen subordinierte Normen — anerkannt werden. Diese Geltung oder

Anerkennung wird allerdings der Regel nach erst sichtbar mit dem Eintritt des „dies a quo", weil erst von diesem Momente an die Befolgung der Normen, also ein bestimmtes äusseres Verhalten des Verpflichteten gefordert, die Geltendmachung der Normen, also ein bestimmtes äusseres Verhalten des Berechtigten als zugelassen erscheint. Bis zu diesem Momente ist die Wirksamkeit der Normen (und der entsprechenden Rechtsansprüche und Pflichten) gebunden, — gebunden durch den in ihnen selbst oder in einer besonderen Norm zum Ausdruck gebrachten gemeinsamen Willen der Normsetzenden oder auch durch den Willen eines superordinierten Rechts; aber vorhanden, bewusst oder unbewusst, im Innern der Subjekte der fraglichen Rechtsverhältnisse ist diese Wirksamkeit ganz ebenso gewiss, wie in unserm obigen naturwissenschaftlichen Beispiele die Wirksamkeit der Erde auf den durch die feste Unterlage am Fallen verhinderten Körper während des Beharrungszustandes des letzteren.

Grossenteils wird dies sogar bestätigt durch unleugbare psychologische Erfahrungen. Wer einen Vertrag abschliesst, dessen Bestimmungen erst in einem bestimmten späteren Zeitpunkte ausgeführt werden sollen, der wird, wenn er ganz unbefangen urteilt, niemals daran zweifeln, dass die Vertragsnormen sofort vom Abschluss des Vertrags an für ihn und seinen Mitkontrahenten „gelten" und „bindend sind"; es fällt keinem ein, sich erst von dem darin festgesetzten Erfüllungstage an als Gläubiger oder Schuldner zu betrachten. Nicht minder klar sprechen für unsre Auffassung die besonderen Fälle, in denen ausnahmsweise das Wirken der Normen schon vor dem Eintritt des Anfangstermins ein „freies" und „sichtbares" wird. Dass der Verpflichtete keine Nicht-Schuld zahlt, wenn er vor dem Fälligkeitstage leistet, — dass umgekehrt auch der vor dem Erfüllungstermine klagende Berechtigte nicht schlechtweg wegen mangelnden Rechts zurückzuweisen ist, — versteht sich von unserm Standpunkte aus ganz von selbst. Wer dagegen die Existenz einer wahren Rechtspflicht vor dem Anfangstermine leugnet und dennoch die Zahlung vor dessen Eintritt als eine gültige Schuldzahlung ansieht, der widerspricht sich offenbar; nicht minder der, welcher vor dem Termin

von der Existenz eines Rechts nichts wissen will und doch unter gewissen Voraussetzungen eine Klage aus diesem Rechte, sei es auch nur eine Feststellungsklage,[19]) zugesteht.

Aber auch wo es an solcher besonderer Bestätigung mehr oder weniger fehlt, wie namentlich bei gewissen betagten dinglichen Rechtsgeschäften, da wird sich doch schliesslich die Thatsache der latenten Wirksamkeit der mit jenen Rechtsgeschäften gesetzten Normen jedem aufdrängen, der überhaupt die Berechtigung unsers Rechtsgeschäftsbegriffs erkannt hat.[20]) Es würde zu weit führen, dies im einzelnen nachzuweisen. Nur auf eine grosse Gruppe von Rechtsgeschäften, welche man bisher bei dieser Lehre kaum berücksichtigt hat, weil sie überhaupt nicht unter den älteren Rechtsgeschäftsbegriff fällt, möchte ich noch mit einigen Worten eingehen: ich meine unsere modernen Gesetze, die geradezu regelmässig als betagte Rechtsgeschäfte in unserem Sinne auftreten, sei es dass sie selbst besondere Bestimmung über den Tag ihres „Inkrafttretens" treffen, sei es dass dies durch eine allgemeinere superordinierte, wenn auch immer bloss subsidiär eingreifende Norm geschieht. Auf den ersten Anschein spricht die letzterwähnte Thatsache direkt gegen unsere Ansicht vom betagten Rechtsgeschäft. Wenn das Gesetz regelmässig erst eine gewisse Zeit nach der Publikation „in Kraft treten" oder, wie man nicht minder oft zu sagen pflegt, „Geltung erlangen" will oder soll, wie kann

---

19) In wesentlicher Übereinstimmung hiermit stehen auch bekannte Äusserungen römischer Juristen über die betagten obligatorischen Rechtsgeschäfte. Vgl. Siméon, das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts, S. 11 ff.

20) Damit ist nicht gesagt, dass die Konsequenzen dieser latenten Wirksamkeit durchaus dieselben sein müssten, welche Savigny und Puchta aus ihrer Auffassung des betagten Rechtsgeschäfts speziell für dingliche Rechtsgeschäfte gezogen haben. Nur soviel behaupte ich, — und ich freue mich, in dieser Beziehung in Übereinstimmung mit Bekker (Pandekten II, S. 312 f.) mich zu befinden, — dass auch aus dem betagten dinglichen Rechtsgeschäfte, insbesondere aus der betagten Eigentumsübertragung, unmittelbar ein wahres, wenn auch zunächst in seiner Wirksamkeit gebundenes Rechtsverhältnis hervorgeht, — ein Rechtsverhältnis, das bereits alles in sich schliesst, was nötig ist, um dasselbe mit Eintritt des im Rechtsgeschäft gesetzten Termins zu einem voll oder frei wirkenden dinglichen Rechtsverhältnisse von der betreffenden Art werden zu lassen.

dann überhaupt von einer Kraftwirkung oder Geltung bereits vor diesem Zeitpunkte gesprochen werden? Und doch erklärt sich dieser scheinbare Widerspruch ganz einfach in derselben Weise, wie der von den Gegnern der älteren Ansicht vom betagten Rechtsgeschäft deren Vertretern vorgeworfene. Die Ausdrücke „in Kraft treten" und „Geltung erlangen", so wie sie in unseren Gesetzen selbst und auch sonst gewöhnlich gebraucht werden, entsprechen den Ausdrücken „Wirken" und „Wirksamkeit" im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs; die latente Kraftwirkung oder Geltung vor dem festgesetzten Anfangstermin entspricht dagegen der zwar nicht äusserlich sichtbaren, weil gebundenen, aber darum doch nicht minder vorhandenen Wirksamkeit im Sinne des naturwissenschaftlichen Sprachgebrauchs. Übrigens habe ich der Sache nach auf diese verschiedene Bedeutung von „Geltung" schon in § 7, Nr. 5, Bd. I, S. 128 hingewiesen und aus dem dort Bemerkten ergiebt sich zugleich die zureichende Motivierung unsrer Anschauung.[21]) Der Grund aller Rechtsgeltung ist die direkte oder indirekte Anerkennung der Rechtsnormen seitens der Rechtsgenossen. Dieser Grund ist unmittelbar mit dem Schlussakte der gesetzgeberischen Thätigkeit, mit der Publikation des Gesetzes vollständig vorhanden, und damit ist auch logisch notwendig ein Wirken des Gesetzes als solchen gegeben. Nur ist eben dieses Wirken zunächst ein durch die Intention des Gesetzgebers oder, was dasselbe besagt, durch die Tendenz des Gesetzes innerlich gebundenes; es wird erst zu einem freien, äusserlich sichtbaren, von dem hierfür im Gesetze selbst festgesetzten oder auf Grund des superordinierten Rechts vorausgesetzten Zeitpunkte an. Mit andern Worten: Auch unsere modernen Gesetze wollen nicht erst von dem Termin des „Inkrafttretens" an als gültige, bindende Gesetze anerkannt sein, sondern sofort. Dafür spricht nicht bloss, dass das formell gültig publizierte Gesetz nur durch ein neues gültiges Gesetz wieder aufgehoben werden kann, gleichviel ob es bereits zu einem frei-

---

[21]) Um Missverständnisse zu vermeiden, will ich nur noch ausdrücklich hinzufügen, dass das Wort „wirken", speziell in der Verbindung „als Norm wirken" an jener Stelle von mir nach dem gemeinen Sprachgebrauche, nicht nach dem oben dargelegten wissenschaftlichen gebraucht worden ist, während ich es bei den folgenden Erörterungen in Gemässheit des letzteren gebrauche.

wirkenden geworden ist oder nicht, sondern nicht minder auch die positive Forderung, die in Wahrheit jeder Ansetzung eines späteren Anfangstermins der freien Gesetzeswirkung zu Grunde liegt, dass nämlich die, so es angeht, sich mit seinem Inhalte bekannt machen und auf die Befolgung vorbereiten sollen. Und in diesem Sinne wird auch jedes Gesetz sofort mit seiner Vollendung als Gesetz von allen Rechtsgenossen anerkannt, die überhaupt ihrer aus dem superordinierten Rechte folgenden Rechtspflicht zur Anerkennung sich bewusst werden. So besteht unser neues deutsches Civilgesetzbuch bereits seit dem Jahre 1896 zu Recht und wirkt im stillen als Gesetz, genau in derselben Weise wie irgend ein Vertrag, durch welchen ein zwischen den Kontrahenten bereits bestehendes Rechtsverhältnis mit der Maassgabe neu geregelt wird, dass die neuen Bestimmungen am 1. Januar 1900 „in Kraft treten“ sollen. Wie in dem letzteren Falle das bestehende Rechtsverhältnis unmittelbar durch den Vertragsschluss eine Veränderung erfährt, wie schon durch diesen an sich neue, wenn auch nur latent wirksame, weil eben betagte Rechtsansprüche und Pflichten geschaffen und die bisher bestehenden durch die damit zugleich gegebene Festsetzung eines Endtermins modifiziert werden, ganz so ist auch das Deutsche Reich in seiner Eigenschaft als eine besonders geartete bürgerliche Gesellschaft und die ihm subordinierten Gesamtrechtsverhältnisse, welche die zu ihm gehörigen Einzelstaaten mit je ihrem besonderen bisher geltenden Privatrechte darstellen, unmittelbar durch das Zustandekommen des B. G.-B. und zwar in tiefgreifendster Weise verändert. Die Einheit des bürgerlichen Rechts für Deutschland ist in der That errungen, wenn seine Wirksamkeit auch bis zum Jahre 1900 nur eine latente, gebundene ist; das davon betroffene partikuläre Privatrecht trägt den Todeskeim in sich, wenn das Ende selbst auch erst mit dem Ablauf der ihm noch gesetzten Frist eintritt.

Mit den letzten Bemerkungen sind wir bereits beiläufig vom Anfangstermine zum Endtermine vorgeschritten. In Wahrheit steht auch der letztere gar nicht in einem derartigen Gegensatze zu dem Anfangstermine, wie es bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein hat. Im Gegenteil: die Bedeutung der Zeitbestimmung als solcher ist bei beiden genau dieselbe. Das

Eigentümliche des „Endtermins“ besteht nur darin, dass die betreffende Zeitbestimmung einer aufhebenden Rechtsnorm entweder ausdrücklich hinzugefügt oder doch der Sache nach hinzuzudenken ist; gegenüber dieser aufhebenden Norm aber verhält sich der Endtermin ganz ebenso, wie der Anfangstermin gegenüber denjenigen Rechtsnormen, deren Frei-Wirkung durch Festsetzung eines solchen gehemmt wird. Auch die aufhebenden Rechtsnormen wirken und gelten latent und gebundener Weise vom Augenblick der vollendeten Normensetzung an: also falls sie von Anfang an einem Rechtsgeschäfte beigefügt sind, sofort von dessen Abschluss, falls sie erst später durch ein besonderes Rechtsgeschäft aufgestellt werden, von der Vollendung des letzteren an. Auch für sie bedeutet der Eintritt des festgesetzten Termins nur den Übergang von dem bisherigen latenten und gebundenen Wirken zu einem freien und sichtbaren Wirken. Nur ist der Charakter der Frei-Wirkung hier ein anderer, als in den Fällen, wo diese durch Eintritt eines Anfangstermins hergestellt wird; während in den letzteren das vorher nur latent bestehende Rechtsverhältnis nunmehr zur vollen, freien Wirksamkeit gelangt, wird durch den Eintritt des Endtermins das vorher voll wirksame Rechtsverhältnis ganz oder teilweise vernichtet. Denn die freie und sichtbare Wirkung aufhebender Rechtsnormen kann immer nur Beseitigung der Geltung anderer Normen und damit zugleich die Auflösung irgendwelcher Rechtsverhältnisse oder doch Vernichtung bestimmter dazu gehöriger Rechtsansprüche und Pflichten sein. Ob im einzelnen Falle das Eine oder das Andere Platz greift, hängt natürlich von dem Inhalt der einschlagenden aufhebenden Norm, genauer gesagt, davon ab, was und wie weit diese aufheben will.

Zutreffende Beispiele für die vorstehende Ausführung liefern, wie schon deren Einleitung zeigt, alle unsre heutigen Gesetze. Der Anfangstermin jedes neuen Gesetzes, der Termin seines „Inkrafttretens“, ist stets zugleich der Endtermin für diejenigen Rechtsnormen, die durch das Gesetz aufgehoben werden. Aber auch zahllose Privatrechtsgeschäfte bieten zweifellos sich als solche dar. Man muss nur wohl beachten, dass auch hier der Endtermin oder, was dasselbe besagt, die auf einen bestimmten Zeitpunkt gestellte aufhebende Norm durchaus nicht immer auf das ganze

Rechtsgeschäft und damit auf das ganze hierauf gegründete Rechtsverhältnis sich bezieht, sondern sehr oft nur auf einzelne bestimmte im Rechtsgeschäft gesetzte Normen und entsprechend auf bestimmte einzelne Rechtsansprüche und Pflichten.[22])

---

[22]) Auch Bekker (Pandekten II, S. 318 f.) beachtet dies nicht genug, wenn er in seiner Polemik gegen Windscheid die Frage aufwirft: „Ich verdinge meine Arbeit auf eine Stunde, einen Tag, einen Monat: heisst das vielleicht, ich verpflichte mich erstens zeitlebens zu arbeiten, und zweitens mache ich daneben aus, dass dieser Vertrag nach einer Stunde, nach einem Tage, einem Monate wieder ausser Kraft gesetzt werden soll?" Dass dies Windscheid oder irgend ein Vertreter der „herrschenden Meinung" bisher geglaubt hätte, wird auch Bekker nicht behaupten. Wenn er trotzdem derartige Konsequenzen aus der von ihm angefochtenen Ansicht ziehen zu können meint, so beruht dies offenbar auf einem Missverständnisse der bereits angedeuteten Art. Man kann Bekker ja vollständig zugeben, dass Zeitbestimmungen gar nichts anderes sind, als „individualisierende Grenzbestimmungen". Aber was heisst das? Wem wird dadurch eine Grenze bestimmt? Und von welcher Art ist gerade die Grenzbestimmung, die wir „Endtermin" nennen? Bekker giebt auf diese Fragen nur sehr ungenügende Antwort. Er spricht davon, dass die Zeitbestimmung „das individualisierende Maass der zugesagten Leistung" sei. Dies ist zum mindesten inkorrekt ausgedrückt; denn nicht der zugesagten Leistung selbst wird dadurch jemals eine Grenze gesetzt, sondern vielmehr der Leistungspflicht und entsprechend dem Anspruch auf Leistung, und dies kann offenbar gar nicht anders geschehen, als indem die Grenzbestimmung der jenen Anspruch und jene Pflicht konstituierenden Norm hinzu- oder eingefügt und dadurch deren Geltung beschränkt wird. Nun müssen wir aber weiter fragen: Was heisst denn „die Geltung einer Norm beschränken"? Heisst es etwas anderes, als die Norm, wie sie ohne den beschränkenden Zusatz gelten würde, durch den letzteren eines Teils seiner Geltung wieder berauben, also im gegebenen Falle von einem bestimmten Zeitpunkte an wieder aufheben? Ob dieser Zusatz sich auch der äusseren Form nach als eine besondere Norm darstellt oder ob er unmittelbar in die auf eine bestimmte Frist zu beschränkende Norm aufgenommen wird, ist natürlich völlig gleichgültig. Nur darauf kommt es an, dass dem Zusatze die gleiche Kraft innewohnt, wie der durch ihn teilweise wieder aufzuhebenden Norm, dass er also in demselben Maasse als Ausdruck des der Normensetzung zu Grunde liegenden Willens anzusehen ist, wie die zu beschränkende Norm. Damit ist dann aber auch dem Zusatze wahre Norm-Bedeutung und zwar eben die Bedeutung einer in bestimmter Weise aufhebenden Norm zuerkannt; denn „Norm" ist ja, wie wir immer wiederholen müssen, gar nichts weiter, als der Ausdruck eines Willens, der sich irgendwie — sei es dem Inhalte, sei es der Form nach —

So liegt die Sache z. B. bei Verträgen, durch welche jemand „auf Tage, Wochen, Monate, Jahre“ oder auch „für die Dauer einer Reise“, „während des Bestandes eines gewissen Verhältnisses“ oder sonst in ähnlicher Weise eine Sache verleiht, seine Arbeit verdingt, eine Wohnung vermietet, ein Gut verpachtet u. s. w. In all diesen Fällen sind, wie überhaupt bei jeder Fristbestimmung im engeren Sinne, zugleich Anfangstermine und Endtermine gesetzt. Aber während der Anfangstermin, der überdies in vielen dieser Fälle mit dem Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses zusammenfallen wird, in der Regel für die Frei-Wirkung aller Vertragsnormen maassgebend ist — schlechterdings notwendig ist freilich auch dies keineswegs —, gilt der Endtermin regelmässig bloss ganz bestimmten Vertragsnormen und entsprechend nur bestimmten Ansprüchen und Pflichten. Mit dem Ablauf der festgesetzten Tage, Wochen, Monate soll der Verleiher nicht mehr verpflichtet sein, dem Entleiher die Sache zu überlassen, der Arbeiter nicht mehr verpflichtet Arbeit zu leisten, der Vermieter nicht mehr verpflichtet, dem Mieter die Wohnung zu gewähren, u. s. w.; und ebenso sollen natürlich auch die korrelaten Ansprüche mit dem Eintritt des dadurch bezeichneten Endtermins aufhören. Aber das Vertragsverhältnis im ganzen wird durch den Eintritt dieses Zeitpunktes allein ganz und gar nicht aufgehoben. Nicht nur dass der Vertrag Rechte und Pflichten enthalten kann, die durch die Aufhebung der vorgenannten an sich nicht berührt werden, — der gedachte Endtermin erscheint zugleich regelmässig als Anfangstermin in Bezug auf bestimmte andere Ansprüche und Pflichten, so dass sein Eintritt zunächst nur eine Veränderung des Rechtsverhältnisses herbeiführt. An Stelle der Pflicht zur Überlassung der Sache oder Wohnung tritt der Anspruch auf Rückgabe und entsprechend auf der anderen Seite an Stelle des Rechts auf Überlassung die Pflicht zur Rückgabe; ebenso pflegt der Eintritt

an einen andern Willen richtet und von diesem Beobachtung fordert. . . Auf welche Normen und entsprechend auf welche Ansprüche und Pflichten ein derartiger Zusatz, eine solche beschränkende oder aufhebende Norm sich bezieht, und wie weit demgemäss beim Eintritt des Endtermins ihre aufhebende Frei-Wirkung reicht, ist natürlich immer nur nach dem Inhalte des konkreten Rechtsgeschäfts zu beurteilen.

des Endtermins für Anspruch und Pflicht zur Arbeitsleistung zugleich den Anfangstermin für Pflicht und Anspruch auf die Lohnzahlung darzustellen.

Nach den vorstehenden Ausführungen kann es nicht schwer fallen, die verwandten Züge in bedingten und befristeten Rechtsgeschäften zusammenzufassen. Zuvörderst liegt vor Augen, dass die Beifügung einer Suspensivbedingung so wenig eine Ausnahme von dem Simultaneitätsprinzip herbeiführt, wie die Beifügung eines Anfangstermins. In einem wie in dem anderen Falle entsteht unmittelbar mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts selbst ein wirkliches Rechtsverhältnis; nur ist damit in der Regel noch nicht der von den Parteien erstrebte besondere Zweck des Rechtsgeschäfts erfüllt, so dass es hierzu noch einer Umwandlung jenes zunächst durch das Rechtsgeschäft erzeugten Rechtsverhältnisses bedarf, die auf Grund der dessen Inhalt bildenden Normen mit dem thatsächlichen Eintritt der Bedingung oder des Termins erfolgt. Und auch abgesehen hiervon bietet das bedingte Rechtsverhältnis als solches im Vergleich mit dem betagten Rechtsverhältnis vor dem Anfangstermine, sowie das durch Verwandlung des ersteren in ein unbedingtes entstehende gegenüber dem betagten nach dem Eintritt des Termins ein sehr ähnliches Bild. Auch in dem bedingten Verhältnis vor dem Bedingungseintritt wirken die seinen Inhalt darstellenden Normen nur latenter und gebundener Weise, ganz ähnlich, wie wir dies beim befristeten Rechtsverhältnisse vor dem Eintritt des Anfangstermins nachgewiesen haben; und entsprechend erscheinen sie mit dem Momente des Bedingungseintritts und des Termineintritts gleichmässig als fortan frei und sichtbar wirkende. Die Erstreckung dieser Beobachtungen auf Resolutivbedingungen und Endtermine, die nach unsern obigen Ausführungen, sowie schon nach der bisher herrschenden Meinung nichts anders bedeuten, als wie aufschiebende Bedingungen und Anfangstermine, die einer aufhebenden Norm hinzugefügt werden, ergiebt sich von selbst.

Trotz alledem müsste es als unrichtig erklärt werden, wenn man das befristete Rechtsgeschäft geradezu als eine Art des bedingten oder umgekehrt das bedingte bloss als eine Art des betagten Rechtsgeschäfts auffassen wollte. Dass in einem „dies incertus an“,

gleichviel ob „certus quando“ oder „incertus quando“, unter allen Umständen mit eine Bedingung steckt, beweist höchstens, dass man von Befristung in einem so weiten Sinne reden kann, dass auch jede Setzung einer Bedingung darunter gebracht werden kann; aber darüber darf man nicht vergessen, dass zwischen reiner Befristung und Bedingung ein tiefgreifender prinzipieller Unterschied besteht. Besonders deutlich tritt dieser Unterschied bei unsrer Auffassung des Rechtsgeschäfts hervor. Das Wesen des bedingten Rechtsgeschäfts besteht danach in der Setzung hypothetischer Rechtsnormen; dagegen sind alle Zusätze, in denen eine reine Befristung zum Ausdruck gelangt, an sich rein kategorischer Art. Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass eine Befristung zu hypothetischen Normen hinzugefügt wird. Allein erst zur hypothetischen Norm wird keine Norm durch solche Hinzufügung; es sei denn, dass unter der Firma „Zeitbestimmung“ sich gleichzeitig eine Bedingung verbirgt. Und demgemäss ist auch die praktische Bedeutung eine verschiedene, wenn auch diese Verschiedenheit eine formelle Gleichbehandlung nach dem Beispiele des B. G.-B. nicht verbietet. Bei der reinen Zeitbestimmung ist von vornherein gewiss, von welcher Art mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunkts die Frei-Wirkung des Rechtsgeschäfts sein wird; bei dem bedingten Rechtsgeschäft ist von vornherein vielmehr ein Entweder — Oder bezüglich der Frei-Wirkung gegeben.[23])

---

[23]) Wir haben wohl kaum den Einwand zu fürchten: jede Befristung schliesse insofern auch eine Bedingung in sich, als es immer ungewiss sei, ob die Subjekte des befristeten Rechtsverhältnisses den Eintritt des Termins, gleichviel ob Anfangs- oder Endtermins, wirklich erleben. Sind wir doch allgemein gewohnt, Rechte und Pflichten, soweit es nicht sogen. höchstpersönliche sind, als in der Person der Erben fortdauernd anzusehen; und von diesem Standpunkte aus, mag er immerhin auf einer Fiktion beruhen, scheidet diese Ungewissheit ein für allemal aus der Betrachtung aus. Aber auch abgesehen hiervon, bleibt der im Texte dargelegte Unterschied zwischen befristetem und bedingtem Rechtsgeschäft bestehen. Denn unter allen Umständen sind befristete Normen anders gedacht als bedingte: der Eintritt des Termins ist jedenfalls gedacht als ein gewisser und die durch den Tod des aus dem Geschäft Berechtigten oder Verpflichteten herbeigeführte Störung oder doch Veränderung der Geschäftswirkung beruht daher nicht auf dem Willen

5. Was wir in den vorausgehenden drei Nummern über den Eintritt der Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts teils im allgemeinen, teils in Anwendung speziell auf bedingte und befristete Rechtsgeschäfte ausgeführt haben, bezog sich vorläufig allein auf die durch das Rechtsgeschäft selbst vorgezeichneten Wirkungen (vgl. oben Nr. 1 i. A.). Genauer betrachtet jedoch ist damit bereits die Grundlage auch für die Feststellung des Eintrittsmomentes derjenigen Rechtswirkungen gegeben, welche ausschliesslich das dem Rechtsgeschäfte superordinierte Recht an dieses anknüpft. Man muss nur hierbei wohl beachten:

I. dass die in Frage kommenden superordinierten Rechtsnormen schon an sich zum Inhalt eines Rechtsverhältnisses gehören, das regelmässig bereits vor dem Rechtsgeschäfte oder wenigstens vor dessen Vollendung besteht;

II. dass dies samt und sonders hypothetische Rechtsnormen sind, und zwar solche, die ihre Forderungen an die Vollendung des betreffenden Rechtsgeschäfts anknüpfen oder mit andern Worten diese Vollendung des Rechtsgeschäfts als Bedingung ihrer eigenen (sichtbaren) Wirksamkeit setzen; endlich

III. dass sie nicht selten als mehrfach bedingte sich darstellen, indem zu der vorgenannten Bedingung („Vollendung des Rechtsgeschäfts") noch eine oder mehrere andere hinzugesetzt erscheinen.

Das Rechtsverhältnis, dessen Normen den weitaus meisten Rechtsgeschäften superordiniert zu sein pflegen, ist das Verhältnis der Staatsgemeinschaft, sei es in seiner Eigenschaft als bürgerliche Gesellschaft, sei es als Staatsverhältnis im engeren Sinne. Der Kürze und Deutlichkeit halber werde ich darum in den

---

der Normsetzenden, sondern auf einem ausserhalb des Rechtsgeschäfts liegenden Grunde; die an den Eintritt der im Geschäft selbst gesetzten Bedingung geknüpfte Wirkung dagegen, gleichwie auch die an den etwaigen Nicht-Eintritt derselben geknüpfte, beruht gerade umgekehrt auf dem Willen der Normsetzenden, wie er in den Normen des Rechtsgeschäfts seinen Ausdruck gefunden hat.

nächstfolgenden Erörterungen regelmässig bloss staatliche Rechtsnormen als den rechtsgeschäftlichen Normen superordinierte in Betracht ziehen; die analoge Behandlung von Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft gleichzeitig oder ausschliesslich nicht-staatlichen, z. B. kirchlichen Rechtsnormen subordiniert erscheint, versteht sich jedoch von selbst.

Überblicken wir nun einmal die Gesamtheit staatlicher Rechtsnormen, die sich irgendwie auf Rechtsgeschäfte in unserm Sinne beziehen, so lassen sich leicht zwei Gruppen von Normen und entsprechend — oder eigentlich in erster Linie, als Objekt jener beiden Normen-Gruppen — zwei Hauptarten von Rechtsgeschäften unterscheiden. Auf der einen Seite stehen diejenigen Rechtsgeschäfte, welche zunächst auf eine Änderung des staatlichen Rechtsverhältnisses selbst, im ganzen oder unter Beschränkung auf eins seiner beiden obengenannten Teilverhältnisse, gerichtet sind, wie Gesetze und allgemeine Verordnungen; ihnen sind superordiniert die auf diese Dinge bezüglichen Verfassungsnormen. Auf der andern Seite stehen alle möglichen anderen Rechtsgeschäfte, desgleichen als ihnen superordiniert alle möglichen anderen staatlichen Normen, die auf Setzung derartig subordinierter Normen Bezug haben.

Hieraus folgt, dass allen Staatsgesetzen, soweit sie irgendwelche andere Rechtsgeschäfte, privatrechtliche oder öffentlichrechtliche, anerkennen oder sonstige Rechtsfolgen an sie knüpfen, eine doppelte Rolle zukommt.

Fürs erste sind sie selbst Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts und es gilt insofern von ihnen alles, was wir in den vorausgehenden Nummern über den Eintritt der durch das Rechtsgeschäft selbst vorgezeichneten Rechtswirkungen zu bemerken hatten. Der Anfang der Rechtsgeschäftswirkung oder m. a. W. der Anfang der Geltung der im Geschäft gesetzten Normen fällt auch hier mit der Vollendung des Geschäfts, d. h. in diesem Falle mit der Publikation des Gesetzes zusammen. Die Bestimmung, dass das Gesetz erst einige Zeit nachher „in Kraft treten“ soll, gleichviel ob sie im Gesetz besonders auftritt oder in Gemässheit früherer allgemeiner Vorschriften stillschweigend vorausgesetzt wird, hat — wie wir schon in Nr. 4 gezeigt — keine andere Bedeutung,

wie jede andere Befristung eines Rechtsgeschäfts. Die neu gesetzten Normen gelten sofort mit Vollendung des Rechtsgeschäfts, wenn auch immer nur als erst von dem späteren Zeitpunkte an zu erfüllende; die durch sie zu ersetzenden alten Normen werden nicht minder sofort in der Weise verändert, dass sie fortan nur noch als zeitlich gebundene, bereits den Keim der Vernichtung in sich tragende, weiter zu beobachten sind. Demgemäss erleidet auch das staatliche Rechtsverhältnis, zu dessen Inhalt die fraglichen Gesetzesnormen gehören, sofort mit der Publikation des Gesetzes diejenige Veränderung, die wir als unmittelbare Wirkung des Rechtsgeschäfts bezeichnet haben: die wechselseitigen Rechtsansprüche und Rechtspflichten von Staat und Staatsgenossen, bezw. aller Staatsgenossen gegeneinander finden fortan ihren Ausdruck nicht mehr allein in den bisher geltenden staatlichen Normen, sondern nur noch in einer Verbindung der alten (veränderten) und neuen Normen miteinander.

Zum zweiten bilden alle Staatsgesetze der in Frage befangenen Art die rechtliche Grundlage für eine Fülle von anderen Rechtsgeschäften oder doch von gewissen damit verbundenen Rechtswirkungen. Auf den ersten Anblick betreten wir hier ein Gebiet, das wir bei den vorausgehenden Erörterungen noch nicht berührt haben. Sehen wir indessen näher zu, so handelt es sich dabei wiederum bloss um eine besondere Anwendung dessen, was wir in Nr. 3 an denjenigen bedingten Rechtsgeschäften beobachtet haben, in deren bedingten Normen die Bedingung als eine wiederholt erfüllbare gedacht ist. Zur rechtlichen Grundlage irgend eines anderen Rechtsgeschäfts oder bestimmter Wirkungen desselben kann auch ein den Teilnehmern am Rechtsgeschäft im allgemeinen superordiniertes Staatsgesetz nur dadurch werden, dass seine (des Staatsgesetzes) Normen gerade Rechtsgeschäfte von der betreffenden Gattung zur Bedingung ihrer Wirksamkeit machen. Anderseits folgt schon aus dem Hinweis auf eine ganze Gattung von Rechtsgeschäften, dass diese Bedingung als eine in unbegrenzter Zahl erfüllbare gedacht ist. Demgemäss entsteht, ganz so, wie wir dies oben (S. 233, 236) ausgeführt, mit jedem Eintritt der Bedingung ein neues, dem staatlichen (bürgerlichen) Rechtsverhältnisse subordiniertes Rechtsverhältnis, während das superordinierte selbst

hierdurch in keiner Weise verändert wird. Das will sagen: Jedes — privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche — Rechtsgeschäft, das die Bedingung der staatsgesetzlichen Norm erfüllt, erzeugt ein subordiniertes Rechtsverhältnis der erwähnten Art, dessen Wirkungen einesteils durch die Normen des Rechtsgeschäfts selbst, andernteils durch die Vorschriften des superordinierten Staatsgesetzes gegeben sind. Ist die Vollendung des Rechtsgeschäfts die einzige Bedingung, an welche das Staatsgesetz seine Forderungen knüpft, so fällt auch der Beginn der gesetzlichen (freien oder sichtbaren) Wirkungen vollständig mit dem Geltungsbeginn der rechtsgeschäftlichen Normen selbst zusammen. Macht das Staatsgesetz die Anwendung gewisser Bestimmungen noch von anderen Bedingungen abhängig, so ist der Eintrittspunkt für die entsprechenden (freien und sichtbaren) Wirkungen nur aus den einschlagenden besonderen Bestimmungen zu entnehmen. Das letztere muss natürlich auch für die Beantwortung der Frage gelten, ob mit dem Eintritt dieser weiteren Bedingungen das durch das Rechtsgeschäft an sich begründete Rechtsverhältnis verändert oder vielmehr neue, wenn auch mit jenem zusammenhängende und gleich diesem dem Staate subordinierte Rechtsverhältnisse geschaffen werden.

6. Kehren wir jetzt zurück zu dem Punkte, den wir in Nr. 2 nur vorläufig gestreift haben: zu dem Begriff der „Vollendung des Rechtsgeschäfts“.

Wir haben uns bisher begnügt zu konstatieren, dass der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtsgeschäfts zusammenfalle mit dem Anfangspunkte seiner Rechtswirkung als Rechtsgeschäft, d. h. der Geltung der darin gesetzten Normen. Genauer betrachtet jedoch müssen wir noch einen Schritt weiter gehen und behaupten: Vollendung des Rechtsgeschäfts und Geltungs-Beginn der Rechtsgeschäfts-Normen sind geradezu identisch. Ja, eine Definition der „Vollendung“ ist überhaupt nur möglich durch Hinweis auf jenen begriffsmässigen Erfolg des Rechtsgeschäfts.

Dass die Vollendung des Rechtsgeschäfts in diesem von uns angenommenen Sinne sich durchaus nicht immer mit der „Perfektion des Rechtsgeschäfts“ im Sinne der bisherigen Rechtswissenschaft deckt, liegt freilich auf der Hand. Nicht jeder Kauf-

vertrag, der in unserm Sinne vollendet ist, erscheint auch als perfekt im Sinne der bisherigen Doktrin; und umgekehrt erachtet die herrschende Meinung letztwillige Verfügungen schon als perfekt mit der beendigten Testamentserrichtung, während sie nach unsrer Auffassung erst vollendet sind mit der Publikation. Auch versteht sich von selbst, dass die bisher übliche Ausdrucksweise, soweit sie eine quellenmässige ist, für die Auslegung der bezüglichen Quellen nach wie vor maassgebend sein muss. Allein ebenso gewiss folgt daraus gar nichts für ihren allgemeinen wissenschaftlichen Wert. Vielmehr unterliegt dieser, gleichwie jede andere wissenschaftliche Aufstellung, der Kritik und es wäre vor allem Sache der Privatrechtswissenschaft gewesen, diese Kritik wirklich und gründlich zu üben.

Leider hat letztere in dieser Richtung bis jetzt nur auffällig wenig gethan.[24]) Dagegen hat die Strafrechtswissenschaft, deren

---

[24]) Die meisten Civilisten befassen sich mit dem Begriffe der „Perfektion“ bloss in Beziehung auf einzelne ganz bestimmte Arten von Rechtsgeschäften; so namentlich mit der Perfektion obligatorischer Verträge unter Abwesenden und mit der Perfektion des Kaufes. Allgemeinere Erörterungen finden sich, soweit mir bekannt, nur bei Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, S. 41 ff., bei Bekker, Pandekten II, S. 105 ff. und etwa noch bei Brinz-Lotmar, Pandekten IV, S. 95 f. Und da Puntschart hauptsächlich nur mit der Bedeutung des Wortes „perficere“ in der römischen Rechtslitteratur sich beschäftigt, Brinz-Lotmar aber auf eine kurze Konstatierung verschiedener Arten von Fertigkeit oder vielmehr Unfertigkeit der Rechtsgeschäfte sich beschränkt, so kommen für uns schliesslich bloss die Ausführungen Bekkers in Betracht. Mit seiner Begriffsbestimmung: „Perfektion eines Rechtsgeschäfts ist die Vollendung der zum Thatbestande desselben gehörigen Vorgänge, Perfektionspunkt der Zeitpunkt, mit welchem der letzte von diesen sein Ende findet und die aus dem Geschäfte erwachsenden vollen Rechtsfolgen ihren Anfang nehmen“, stimmt die unsrige in der Hauptsache überein. Insbesondere kann ich — trotz der Verschiedenheit unsers beiderseitigen Rechtsgeschäftsbegriffs, die erst bei der Anwendung der betreffenden Grundsätze notwendig heraustritt — unbedenklich dasjenige unterschreiben, was Bekker a. a. O. S. 108 über den „Perfektionspunkt des Rechtsgeschäfts“ bemerkt: „Die . . . Regel, dass die Vollwirkung des Rechtsgeschäfts (richtiger würde er sagen: die seinem Begriffe entsprechende Wirkung) mit der zeitlichen Vollendung des Thatbestandes beginne, ist eine ausnahmslose, da sie nichts sagt, was mit der Definition des Begriffs noch nicht gegeben wäre. Thatbestand ist die Masse der zur Herbeiführung der vollen Geschäftsfolgen

Verdienste um die Bearbeitung gewisser allgemeiner Lehren neuerdings mehrfach gerade auch von hervorragenden Vertretern des Civilrechts anerkannt worden sind, den Begriff der „Vollendung“, allerdings nur in Bezug auf die verbrecherische That, aber da in ganz allgemeiner Weise und zwar völlig in Übereinstimmung mit unsrer obigen Definition bestimmt. „Vollendet“ ist das Verbrechen, wenn es zu seinem begriffsmässigen Erfolge geführt hat, d. h. zu demjenigen Erfolge, den die primäre Rechtsnorm, als deren Übertretung sich das Verbrechen kennzeichnet, herbeizuführen verbietet. Ganz ebenso aber ist „vollendet“ die Rechtshandlung, wenn sie den ihr charakteristischen Rechtszweck in Gemässheit des ihr superordinierten Rechts erreicht hat. Die Anwendung auf das Rechtsgeschäft, wie wir sie oben bereits vorausgenommen haben, — mag nun das Rechtsgeschäft in einer einzigen Rechtshandlung bestehen oder sich vielmehr als ein Komplex von Rechtshandlungen darstellen, — ergiebt sich von selbst.

Doch wir brauchen uns nicht bloss auf Analogien zu stützen; die Sache lässt sich auch noch tiefer begründen. Wo es überhaupt gelungen ist, sich von einer zeitlich begrenzten Erscheinung einen klaren und vollständigen Begriff zu bilden, da muss sich auch der Vollendungspunkt für diese Erscheinung unmittelbar aus dem Begriffe entwickeln lassen. Dies gilt um so gewisser, je grösser die Bedeutung des Zwecks innerhalb der fraglichen Erscheinung ist; also vor allem bei der Charakteristik menschlicher Handlungen, und ebendarum auch beim Rechtsgeschäft. In der That folgt nun aus unserm Begriffe des Rechtsgeschäfts, wonach dessen Wesen in der Setzung subordinierter Rechtsnormen besteht, ganz von selbst, dass ein Rechtsgeschäft immer erst dann vollendet ist,

---

erforderlichen Elemente ($\alpha + \beta + \gamma + \delta$); also müssen diese Rechtsfolgen mit der Vollendung des δ eintreten. Sie können nicht später, nach dem Hinzukommen von ε eintreten, denn dann wäre der Thatbestand nicht α—δ, sondern α—ε; sie können nicht früher, vor δ, eintreten, denn dann wäre der Thatbestand nicht α—δ, sondern α—γ. Der Abschluss der Ursache und der Beginn der Folge können hier, wie sonst überall, zeitlich nicht auseinanderfallen.“ Allein Bekker selbst muss hinzufügen: „Gleichwohl hat der Satz nicht immer die allgemeine Anerkennung gefunden, die hiernach selbstverständlich scheinen sollte.“

dann aber auch bestimmt, wenn die rechtsgeschäftlichen Normen nach dem Willen der Setzenden und des superordinierten Rechts für diejenigen, für welche sie gesetzt sind, auch wirklich Geltung als Normen erlangen. Denn eine Rechtsgeschäfts-Norm, die noch nicht gilt, existiert in Wahrheit überhaupt noch nicht als solche, sondern bloss als Normen-Entwurf; die Norm ist also erst wahrhaft gesetzt, der Zweck aller Rechtshandlungen, die auf diese Normensetzung gerichtet sind, erst erfüllt mit dem Momente, wo die Norm zu gelten beginnt.

Wann dieser Moment im einzelnen Falle eintritt, ist natürlich eine ganz andere Frage. Dass die Antwort hierauf nicht aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts allein entnommen werden kann, ergiebt sich schon aus dem Umstande, dass bei einseitigen Rechtsgeschäften, wie wir früher erörtert haben, zur Normensetzung regelmässig ein Norm-geben oder Norm-nehmen genügt, während bei Verträgen stets Norm-geben und Norm-nehmen zusammentreffen müssen. Aber auch die Frage, wann eine Norm als gegeben und wann als genommen anzusehen ist, lässt sich nicht völlig allgemein beantworten. Vielmehr weist schon unsre oben von der „Vollendung des Rechtsgeschäfts" gegebene Erklärung darauf hin, dass die Antwort nur in jedem einzelnen Falle aus dem „Willen der Normsetzenden" und aus den Bestimmungen des „superordinierten Rechts" zusammen entnommen werden kann. Es ist mithin in jedem einzelnen Falle ein Doppeltes zu beachten. Fürs erste ist zu untersuchen: Wann ist im Sinne der Normsetzenden selbst die Norm als gegeben oder genommen anzusehen? Etwas anders ausgedrückt: Wann soll die Norm nach dem erklärten Willen der Normsetzenden als Norm gelten?[25]) Zum zweiten

[25]) Nach unsern früheren Ausführungen heisst dies selbstverständlich nicht: der Beginn der Geltung, zumal auch der latenten oder gebundenen Geltung, von der wir in Nr. 3 und 4 gehandelt haben, beruhe so gänzlich auf der Willkür der Normsetzenden, dass auch eine vollständige Normensetzung möglich sei, ohne dass damit zugleich eine Geltung der so gesetzten Normen beginne. Nein! Vollendung der rechtsgeschäftlichen Normensetzung und Beginn der Normengeltung fallen nach unsrer Auffassung unter allen Umständen zusammen; wer also wirklich eine Norm setzen will, der muss auch ihre sofortige, d. h. mit der vollendeten Setzung selbst eintretende Geltung (zum mindesten als latente Geltung) wollen. Nur zweierlei bleibt dem Willen

ist zu prüfen: Wann erlangt die so gesetzte Norm wirklich Geltung auf Grund des vorausgesetzten superordinierten Rechts?[26]) Erst mit dem Augenblicke, in welchem die Geltung

---

in der That überlassen. Einmal kann er eine gewisse Norm nicht bloss als unbedingte und unbefristete, sondern auch als bedingte (hypothetische) oder befristete setzen. Damit wird zwar nicht die Geltung an sich, wohl aber die freie und sichtbare Wirksamkeit der Normen auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Anderseits kann sich das wollende Subjekt auch auf Erwägungen über eine später zu setzende Norm, auf vorläufiges Formulieren derselben, Verhandlungen darüber u. s. w. beschränken. Und wo dies — und nur dies — geschehen ist, kann überhaupt noch nicht von einem erklärten Willen, dass diese Normen gelten sollen und darum auch nicht von einem Beginn der Geltung die Rede sein.

[26]) Indem ich diese Frage erst an zweiter Stelle aufführe, will ich derselben keineswegs eine geringere Bedeutung zusprechen, als der ersten. Wohl aber trete ich damit einer Anschauung entgegen, wie sie — wenigstens dem Anscheine nach — Bekker a. a. O. S. 110 formuliert hat: „Bei allen juristischen Thatsachen, folglich auch bei Willenserklärungen, steht es prinzipiell dem Gesetzgeber zu, den Perfektionspunkt nach Belieben zu bestimmen; d. h. zu bestimmen, welcher, wie zusammengesetzte und womit abschliessende Thatbestand gewisse Rechtsfolgen hervorrufen soll.“ So gewiss dem Willen des Gesetzgebers genügt sein muss, wo ein Rechtsgeschäft als ein dem von ihm gesetzten Rechte subordiniertes gelten soll, und demgemäss kein Rechtsgeschäft als vollendet erachtet werden kann, das nach diesem superordinierten Rechte als noch nicht vollendet erscheint, so gewiss kann von einem wahren Rechtsgeschäfte auch da nicht die Rede sein, wo zwar die Anforderungen des superordinierten Rechts sämtlich erfüllt, aber nach dem Willen der Parteien selbst noch gar keine Normensetzung herbeigeführt ist. Man nehme z. B. an, das bei den betreffenden Parteihandlungen vorausgesetzte superordinierte Recht erkläre den Empfang der von der Gegenpartei abgegebenen Willenserklärung oder gar die Kenntnisnahme des Adressaten von deren Inhalt für eine wesentliche Bedingung für den Eintritt irgendwelcher Rechtsfolgen. Hier ist freilich sicher, dass vor der Erfüllung dieser Bedingung kein vollendetes Rechtsgeschäft vorliegen kann. Allein nicht minder sicher scheint mir, dass auch trotz Erfüllung dieser „condicio juris“ kein Rechtsgeschäft zu stande kommen kann, so lange die betreffenden Willenserklärungen sich nicht auch nach dem Willen der Parteien als rechtsverbindliche Erklärungen darstellen. Es folgt dies eben aus unsern Begriffen „Normensetzung“ und „Willenserklärung“ mit logischer Notwendigkeit. Was nach dem Willen des Handelnden selbst noch keine Rechtssetzungshandlung oder Willenserklärung im vollen Sinne des Wortes sein soll, das kann auch nicht im Widerspruch mit diesem Willen durch Handlungen Anderer, ja auch nicht durch Anordnungen des Gesetzgebers zu solchen gemacht werden.

der Norm nach dem Willen der Normsetzenden mit der Geltung kraft des superordinierten Rechts zusammentrifft, erscheint die Normensetzung in ihrer Eigenschaft als Setzung subordinierter Normen und damit überhaupt das Rechtsgeschäft als vollendet. So lange diese Vereinigung noch nicht vollzogen ist, kann auch noch nicht von Vollendung des Rechtsgeschäfts die Rede sein. Sind die in Betracht kommenden Normen von den zur Setzung Berufenen oder doch Befähigten gar nicht als unmittelbar zu setzende Normen, sondern in Wahrheit als zukünftig zu setzende oder m. a. W. als blosse Normen-Entwürfe gedacht, so liegt überhaupt gar keine Normensetzung, also auch schlechterdings kein Rechtsgeschäft in unserm Sinne vor; sogar wenn das superordinierte Recht ihnen aus besonderen praktischen Gründen die Wirkung eines Rechtsgeschäfts beilegen wollte, würde daraus immer nur ein mehr oder weniger fiktives, niemals ein wahres Rechtsgeschäft hervorgehen.[27]) Erfüllen dagegen die im Sinne der Setzenden wirklich gesetzten, d. h. unmittelbar (wenn auch zunächst nur latent) zu gelten bestimmten Normen gewisse Geltungsbedingungen des superordinierten Rechts nicht, so ist das Rechtsgeschäft mindestens vom Standpunkte dieses letzteren aus[28]) noch nicht vollendet.

---

[27]) Vgl. die Ausführungen in § 21, Nr. 7, 9 a. E., 10, sowie in § 23, Nr. 6 und 10; desgleichen unten § 26, Nr. 1 und 2.

[28]) Nicht ausgeschlossen ist, dass derselbe Thatbestand, dieselbe Normensetzung vom Standpunkte eines andern ebenfalls superordinierten Rechts aus vollendet und mithin gültig ist. Man denke beispielsweise an eine Eheschliessung, bei welcher bloss die Forderungen des bürgerlichen oder nur des kirchlichen Rechts erfüllt sind; ferner an Verträge, die nach dem für den einen Paciszenten geltenden bürgerlichen Rechte erlaubt, nach dem des andern verboten sind. Allerdings wird dann regelmässig noch die Frage aufzuwerfen sein, welches von zwei derartig sich widersprechenden superordinierten Rechten für eine konkrete Entscheidung — für einen bestimmten Richter — als maassgebend anzusehen ist. Aber auch die Antwort auf diese Frage kann nicht allgemeinhin, sondern immer nur auf Grund desjenigen superordinierten Rechts beantwortet werden, das für das zur Entscheidung berufene Subjekt bei derartigen Entscheidungen maassgebend ist, und es kann dabei unter Umständen sogar von neuem die Frage auftauchen, welches von mehreren für den betreffenden Richter verbindlichen superordinierten Rechten nach Lage des Falls — z. B. je nachdem er als Richter des Staates oder vielmehr als Organ der Kirche fungiert — in erster Linie in Betracht gezogen werden muss.

Zu einem wesentlich gleichen praktischen Resultate dürfte übrigens auch jeder ernstliche Versuch führen, von dem alten Rechtsgeschäftsbegriffe aus zu einer allgemeinen Definition der Vollendung des Rechtsgeschäfts zu gelangen. Wie verschieden die bisherigen Begriffsbestimmungen vom Rechtsgeschäft sowohl unter sich, als namentlich von der unsrigen sein mögen, darin kommen sie doch schliesslich alle — und zwar auch mit der unseren — überein, dass als Zweck aller Rechtsgeschäfte die Begründung oder Veränderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen erscheint. Ein Unterschied zwischen unserer Auffassung und der herkömmlichen Lehre besteht — abgesehen von der Ausdehnung auf alle möglichen Rechtsgebiete — allerdings darin, dass wir ein allen Rechtsgeschäften gleichmässig notwendiges, also für den Rechtsgeschäftsbegriff charakteristisches Medium zur Begründung, Veränderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen annehmen und dieses Medium in einer Setzung von Rechtsnormen erblicken, in denen der bezügliche Zweck sofort deutlich und bestimmt zum Ausdruck gelangt. Allein dass auch für uns den Zweck aller Rechtsgeschäfte die Begründung oder Veränderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen bildet, und nicht etwa im Gegensatz dazu eine „blosse Normensetzung", das folgt schon einfach daraus, dass nach unsern wiederholten Ausführungen „blosse Normensetzungen", d. h. solche, die nicht zugleich irgendwelche Begründung, Veränderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen in sich schlössen, überhaupt ganz undenkbar sind. Fasst man nun einmal diesen Rechtsgeschäfts-Zweck der Begründung, Veränderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen ausschliesslich ins Auge und sieht demgemäss von dem nach unsrer Ansicht für das Rechtsgeschäft nicht minder wesentlichen Medium der Normensetzung gänzlich ab, so liegt doch unter allen Umständen die Schlussfolgerung nahe, dass das Rechtsgeschäft immer erst dann als vollendet bezeichnet werden kann, wenn sein vorgenannter Zweck erreicht, also mit anderen Worten sein begriffsmässiger Erfolg eingetreten ist. Freilich wird dann alsbald die Frage sich aufdrängen: Was ist da als begriffsmässiger Zweck und Erfolg anzusehen, wo nach der Absicht der Beteiligten eine mehrfache Entstehung oder Veränderung von

Rechtsverhältnissen nach einander hervortritt? Und diese Frage ist mit Sicherheit immer bloss zu beantworten von einem Rechtsgeschäftsbegriffe aus, der ausser dem Zweck des Rechtsgeschäfts auch das wesentliche Mittel zu dessen Erreichung klar und deutlich bestimmt. Aber den wichtigsten Schritt in dieser Richtung hat doch wiederum bereits die herkömmliche Lehre durch die Betonung der „Willenserklärung" im Rechtsgeschäft gethan. Ist doch auch die „Normensetzung", die nach unserm Rechtsgeschäftsbegriff die Erreichung des vorgedachten Zweckes oder Erfolges vermittelt, nichts anderes als eine nähere Bestimmung der dem Rechtsgeschäfte wesentlichen Willenserklärung, und wenn man die Untersuchung über den begriffsmässigen Zweck und den entsprechenden Vollendungspunkt des Rechtsgeschäfts von diesem Gesichtspunkte aus ernstlich in Angriff genommen hätte, so würde man wahrscheinlich längst dazu gekommen sein, jedes Rechtsgeschäft als vollendet anzusehen in dem Momente, wo der in der Willenserklärung zum Ausdruck gebrachte Wille für alle die, so es angeht, in Gemässheit des superordinierten bürgerlichen Rechts Geltung erlangt und eben damit ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten hervorruft oder verändert oder auflöst.[29])

---

[29]) Wie nahe Bekker a. a. O. unsrer Anschauung von der Vollendung von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften gekommen ist, ergiebt sich schon aus dem in Anm. 24 Bemerkten. Trotzdem ist auch er auf halbem Wege stehen geblieben. Der Mangel einer näheren Bestimmung der dem Rechtsgeschäfte eigentümlichen Willenserklärung und damit zugleich der Mangel einer scharfen Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung, vielleicht auch eine gewisse Unklarheit in dem Ausdrucke „Vollwirkung" (statt „begriffsmässiger Wirkung"), haben ihn zu einer Anzahl Folgerungen geführt, die sich von unsrer Auffassung aus sofort als unzulässig erweisen. So erklärt er dasjenige, was wir für die begriffsmässige Wirkung und damit als Vollendungspunkt der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte ansehen (vgl. die weiteren Ausführungen im Texte und oben Nr. 8), als „Minder- oder Vorwirkungen, die aus den blossen Willenserklärungen hervorgehen", und entsprechend das, was nach unsrer Auffassung nur als eine Wirkung des durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechtsverhältnisses infolge späterer Auslösung der Bedingung erscheint, als „Vollwirkung des vollendeten Rechtsgeschäfts, zu dessen Thatbestande die Erfüllung der Bedingung bezw. der Eintritt des „„dies incertus quando"" als wesentliches Stück mitgehört". Er merkt auch gar nicht den Widerspruch, in den er dadurch mit sich selbst

Die Konsequenzen unserer Anschauung für das bedingte und befristete Rechtsgeschäft haben wir bereits im voraus in Nr. 3 und 4 gezogen. Es giebt hier nur die Alternative: Entweder man erkennt mit uns an, dass hypothetischen Normen, ebenso wie befristeten Rechtsnormen, schon als solchen eine (mindestens latente) Geltung zukommt und dass demgemäss der Wille, eine solche Norm zu setzen, auch unmittelbar den Willen, dass sie gelten soll, in sich schliesst; dann ist das Rechtsgeschäft stets vollendet mit der Vollendung der zu der fraglichen Normensetzung wesentlich gehörigen Rechtshandlungen. Oder man spricht den hypothetischen Normen an sich überhaupt jede Geltung ab und lässt sie erst zu

gerät, dass er einerseits in völlig unfassbarer Weise etwas ganz ausserhalb des Willens der Parteien Liegendes, wie es der Eintritt zahlreicher Bedingungen ist, zum Thatbestande des Rechtsgeschäfts, also einer gewissen menschlichen Thätigkeit rechnet, und anderseits doch schon der „blossen Willenserklärung vor Eintritt der Bedingung“ die Bedeutung eines besonderen Thatbestandes („zwei Rechtsfolgemassen, zwei Thatbestände, zwei Perfektionspunkte“) zuerkennt, der freilich von ihm selbst nicht ausdrücklich als Rechtsgeschäft bezeichnet wird, aber doch nach seiner eigenen sonstigen Darstellung nichts anderes sein kann, als auch schon ein Rechtsgeschäft. Wenn er ferner darauf hinweist, dass sich auch bei unbedingten und unbetagten Geschäften „der Gesamtthatbestand nicht selten in eine Reihe von Einzelbeständen auflöst und dann der Entstehung der vollen Rechtsfolgen die Entstehung von verschiedenen anderen kleineren Rechtsfolgen voraufgehen“, so ist diese Thatsache an sich gewiss richtig. Aber um so bedenklicher ist der Zusatz: „In solchem Falle haben wir es nicht mit überhaupt Einem Perfektionspunkte, sondern mit einer Reihe von Perfektionspunkten zu thun, von denen freilich einer Hauptperfektionspunkt, der eigentliche Perfektionspunkt des ganzen Geschäfts ist.“ Ein richtiger Kern steckt allerdings auch hierin. Der Fehler ist nur, dass nicht gesagt wird, was denn eigentlich in allen diesen Fällen sonst „perficiert“ wird, und dass der vage alte Rechtsgeschäftsbegriff selber gar keinen sicheren Maassstab dafür zu bieten vermag, ob das auch Rechtsgeschäfte oder andere Thatbestände sind, desgleichen was eigentlich als Hauptperfektionspunkt anzusehen ist. Von unserm Standpunkte aus liegt auch hier die Sache höchst einfach. In der Regel kann schlechterdings nur Ein Rechtsgeschäft, weil nur Eine vollständige Normensetzung in Frage kommen; wohl aber kann sich dieses Rechtsgeschäft aus einer Reihe von Rechtshandlungen zusammensetzen, die als solche bereits — auf Grund gewisser Bestimmungen des superordinierten Rechts — gewisse Rechtswirkungen erzeugen, — natürlich auch nur, wenn sie als solche, als Rechtshandlungen bestimmter Art, vollendet sind.

geltenden werden infolge des Eintritts einer ganz ausserhalb des Rechtsgeschäftsbegriffs liegenden Thatsache; dann kann man allerdings erst von dem letztbezeichneten Zeitpunkte an von Vollendung des Rechtsgeschäfts reden. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten kann unmöglich schwer sein. Für die Geltung der hypothetischen und befristeten Normen als solcher sprechen die dringendsten positiven Gründe, auf der andern Seite ist auch die Geltung der fraglichen Normen nach Eintritt der Bedingung oder des Termins nur verständlich auf Grund der an sich schon den betreffenden Normen — als Ausdruck des normsetzenden Willens — zukommenden Geltung.

Nicht minder klar ist nach den vorstehenden Ausführungen, dass jeder Kauf als Rechtsgeschäft vollendet ist mit der rechtlichen Existenz oder Geltung der seinen Inhalt bildenden Normen oder, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, mit dem Abschlusse des Vertrags, in der Regel mit der Einigung über Ware und Preis. Auch der Genus-Kauf macht in dieser Beziehung keine Ausnahme. Dass bei ihm gewisse Wirkungen, insbesondere der Übergang der Gefahr auf den Käufer, erst in einem späteren Zeitpunkte eintreten, erklärt sich in derselben Weise, wie der Eintritt jeder anderen Frei- oder Vollwirkung für befristete Rechtsnormen; nur dass die Befristung hier meist nicht aus den im Rechtsgeschäft ausdrücklich gesetzten Normen selbst, sondern aus dem superordinierten Rechte zu entnehmen ist. Wenn es trotzdem allgemein üblich ist, auch zweifellos der Anschauung der römischen Rechtsquellen entspricht, erst von diesem späteren Zeitpunkte an die „Perfektion des Kaufs“ zu datieren, so beweist das nur, dass dieser Begriff der „Perfektion“ streng zu unterscheiden ist von dem Begriff der „Vollendung des Rechtsgeschäfts“.

7. Zum Schluss noch einige Worte über die Anwendbarkeit des Simultaneitätsprinzips auf letztwillige Verfügungen. Nach dem, was wir in Nr. 2 über dessen unbedingte Geltung ausgeführt haben, müssen wir natürlich der bisher fast allgemeinen Ansicht, wonach ein Testament schon vollendet ist mit seiner Errichtung, die Rechtswirkung desselben aber jedenfalls erst mit dem Tode des Testators, zum Teil sogar noch später eintritt, aufs entschiedenste widersprechen. Damit treten wir jedoch nicht der

Meinung Köppen's[30]) bei, der von derselben Anerkennung der Unbedingtheit des Simultaneitätsprinzips aus zu dem Schlusse gelangt ist, dass das Testament stets erst mit dem Tode des Testators vollendet sei. Nein! Nach unsrer Überzeugung liegt der Vollendungspunkt des Testamentes an einer ganz anderen Stelle: er fällt zusammen mit der Publikation. Ohne Publikation giebt es überhaupt keine Vollendung eines einseitigen Rechtsgeschäfts,[31]) und ebendarum — nur darum — auch keine vollendete einseitige letztwillige Verfügung.

---

[30]) Entwickelt in der Abhandlung „Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden“ in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik des h. deutschen und röm. Privatrechts, Bd. 11, S. 153, Anm. 28.

[31]) Der Ausdruck „Publikation“ ist hier selbstverständlich im weitesten Sinne genommen, so dass darunter jede Rechtshandlung fällt, durch welche eine Norm denjenigen kundgegeben wird, die dadurch verpflichtet oder berechtigt werden sollen. Was zu einer solchen Kundgebung gehört, ob unmittelbares Heranbringen an die betreffenden Personen oder bloss Verschaffung einer bestimmten Gelegenheit, davon Kenntnis zu nehmen, ob Gebrauch einer besonderen Form oder was sonst, das hängt — abgesehen von dem Willen der Normsetzenden selbst, der natürlich auch hier in erster Linie zu nennen ist, — von den bezüglichen Bestimmungen des superordinierten Rechts ab. Wo letztere nicht entgegenstehen, ist es daher auch nicht ausgeschlossen, dass die Publikation sich nicht gesondert von der Feststellung der Norm, sondern in unmittelbarster Verbindung mit dieser vollzieht, wie z. B. bei einem einfachen Befehle an Untergebene. Nur das behaupten wir, dass ohne jede derartige Kundgebungshandlung die Vollendung eines einseitigen Rechtsgeschäfts undenkbar ist. . . Ja, man könnte sogar geneigt sein, das Gleiche überhaupt für alle Arten rechtsverbindlicher Willenserklärungen, also auch für diejenigen anzunehmen, aus denen sich zweiseitige Rechtsgeschäfte zusammensetzen. Bei mündlichen Verträgen, die von Person zu Person geschlossen werden, ist diese Annahme auch wirklich begründet; die Willenserklärung schliesst hier schon ihrer Form nach die Kundgebung an den andern Teil notwendig in sich. Für Verträge unter Abwesenden jedoch möchte ich einen Unterschied machen zwischen dem Vertrags-Antrage und der Annahme-Erklärung. Zur Vollendung des ersteren wird allerdings stets auch eine Kundgebung an den Adressaten vorausgesetzt werden müssen. Bezüglich der Annahme-Erklärung dagegen ist m. E. wenigstens die Möglichkeit zuzugeben, dass solche schon an sich, also schon vor der Kundgebung für den Gegenpart den Vertrag zum Abschluss, zur Vollendung bringen kann. Namentlich trifft dies in den Fällen zu, wo diese Erklärung nicht bloss durch Worte, sondern gleichzeitig oder gar ausschliesslich durch konkludente Handlungen, z. B.

Wie dies zu der Anschauung gewisser positiver Rechtsquellen stimmt, kann auch in diesem Falle, wie überhaupt bei Beantwortung einer Frage der juristischen Prinzipienlehre, nicht entscheidend sein. Da indessen die herrschende Meinung sich auf das römische Recht zu berufen pflegt, so will ich doch nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass gerade dieses römische Recht prinzipiell von einer Auffassung ausgegangen zu sein scheint, die sich der Sache nach mit der meinigen deckt. Man muss nur beachten, dass bei dem ältesten römischen Testament, beim „testamentum in calatis comitiis factum", sowie beim „testamentum in procinctu" die Errichtung des Testamentes zugleich dessen Publikation in sich schliesst, und dass anderseits das „testamentum per aes et libram factum" von Haus aus ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen beiderseits gegenwärtigen Parteien darstellt, durch welches in erster Linie nur der „familiae emtor" berechtigt und verpflichtet wurde. In den erstgenannten Fällen liegen im Grunde Spezialgesetze vor, deren Frei-Wirkung auf den Tod des Testators als auf einen „dies certus an incertus quando" verstellt ist, die aber für die davon Betroffenen sofort eine Änderung der Erbfolgeordnung — wenn auch zunächst nur bedingter Weise — herbeiführen. Im letzterwähnten Falle dagegen erscheint das Testament als ein Kaufvertrag, in welchem sowohl der Übergang des Eigentums an der Ware, als die an dritte Personen zu bewirkende Preiszahlung gleichermaassen betagt, ausserdem jedoch die einzelnen Vorschriften über diese Preiszahlung noch hypo-

---

sofortigen Verbrauch oder Weiterverkauf eines durch Zusendung offerierten Kaufobjekts erfolgt. Denn wollte man hier den Vertragsschluss erst von der Mitteilung an den Offerenten oder gar erst von dem Empfang der Mitteilung seitens des letzteren datieren, so müsste man in jenen Annahme-Handlungen, da sie jedenfalls vor diesem Zeitpunkte liegen, eine rechtswidrige Aneignung des Kaufobjekts und in dem Weiterverkauf den Verkauf einer fremden Sache erblicken, was sicherlich der allgemeinen Anschauung widerspricht. Oder will man in dem Verbrauch oder Verkauf etwa einen besonderen Akt der Kundgebung an den Offerenten sehen? Das dürfte zum mindesten auf eine Fiktion hinauslaufen. . . Doch sei dem, wie ihm wolle, — für die einseitigen Rechtsgeschäfte, überhaupt für einseitige Normensetzungen, wird sich die Notwendigkeit einer Publikation in dem oben dargelegten Sinne nicht bestreiten lassen.

thetischer Natur sind. Auch durch das Herabsinken der „nuncupatio testamenti“ zu einer blossen Bestätigung des gleichzeitig schriftlich übergebenen Testamentes ist hieran kaum etwas Wesentliches geändert; der „familiae emtor“ verpflichtet sich hier allerdings „in blanco“, ohne den Inhalt seiner Verpflichtungen näher zu kennen, aber er hat sich darum doch bereits verpflichtet, und insofern kann in der That der Testamentsakt als vollendet gelten.[32]) Erwägt man nun, dass die späteren Testamentsformen sich sämtlich mehr oder weniger an die älteren anschliessen, so ist es nur zu begreiflich, dass die römische Jurisprudenz das Hauptgewicht nach wie vor auf den Moment der Testamentserrichtung gelegt und auch dann, als von einem Zusammenfallen dieses Zeitpunkts mit dem der Publikation nicht mehr die Rede sein konnte, der Testamentseröffnung die gebührende Stellung nicht zuerkannt hat, wiewohl die praktische Bedeutung derselben — zumal seit der Lex Julia et Papia Poppaea — auch den römischen Juristen sich aufdrängen musste.

Treten wir anderseits völlig unbefangen an unsere heutigen Testamentsformen heran, wie sie in den uns gegenwärtig interessierenden Punkten mit den späteren römischen wesentlich übereinstimmen, so ergiebt sich ein völlig anderes Resultat. Danach ist das Testament — im Gegensatz zum Erbvertrage — ein schlechtweg einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Normen noch für gar niemand Geltung haben können, so lange sie in keiner Weise publiziert sind. Und da diese Publikation hier niemals zusammenfällt mit der Testamentserrichtung im engeren Sinne, so können wir auch das Rechtsgeschäft niemals schon als vollendet ansehen mit diesem letzteren Zeitpunkte, sondern immer erst mit dem Augenblicke, wo das errichtete Testament eröffnet und dadurch

---

[32]) Als einseitig wirkendes Rechtsgeschäft, d. h. sofern seine Normen unmittelbar auch Ansprüche für die darin bedachten dritten Personen begründen sollen, bedarf freilich auch das Mancipationstestament — wenigstens in dieser seiner späteren Gestalt — noch eines besonderen Publikationsaktes, durch welchen seine Bestimmungen jenen dritten Personen kundgegeben werden. Vgl. dazu das am Ende dieser Nummer über die zwiefache Bedeutung und den entsprechenden doppelten Vollendungspunkt der Erbverträge Gesagte.

seine Normen denen kundgegeben sind, für welche sie gelten sollen. Dass man an dieser Auffassung zunächst vielfach Anstoss nehmen wird, namentlich deshalb, weil hiernach eine ganze Gruppe von Willenserklärungen als regelmässig erst nach dem Tode des Erklärenden vollendet bezeichnet werden, verhehle ich mir selbstverständlich nicht. Allein genauer betrachtet steht doch die für diesen Fall behauptete Thatsache, dass eine Handlung ihren Vollendungspunkt erst erreicht nach dem Tode des Handelnden, durchaus nicht so vereinzelt da, wie es auf den ersten Anblick scheinen mag. Ich erinnere vor allem wiederum an den von der Strafrechtswissenschaft — wir dürfen wohl sagen ausnahmslos — angenommenen Begriff des vollendeten Verbrechens, der vollendeten strafbaren Handlung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass eine strafbare Handlung öfters erst längere Zeit nach Abschluss der selbsteigenen Thätigkeit des Handelnden — bisweilen darum auch erst nach dem Tode — ihren begriffsmässigen Erfolg und damit ihre Vollendung als strafbare Handlung einer bestimmten Art erlangt. Dass das Gleiche gelten muss, wo es sich um irgendwelche privatrechtliche Folgen vollendeter Delikte, wie Schadenersatz oder Privatstrafe handelt, bedarf keiner weiteren Bemerkung. Aber auch bei Rechtshandlungen und zwar vor allem bei solchen, wie sie hier speziell zum Vergleich herangezogen werden müssen, bei Rechtsgeschäften oder überhaupt Willenserklärungen, die man als „negotia inter vivos“ aufzuführen pflegt, lassen sich dieselben Beobachtungen machen. Nehmen wir zunächst ein Beispiel aus dem Privatrechtsverkehre. Wenn jemand brieflich seine rechtsverbindliche Erklärung an einen sehr entfernt wohnenden Adressaten abgiebt, da ist eine Vollendung des Erklärungsaktes, sofern dazu nach den Bestimmungen des superordinierten Rechts gefordert wird, dass die Erklärung an den Adressaten gelangt, selbst bei ganz normaler Briefbeförderung oft erst nach Wochen oder Monaten denkbar; der Absender kann also inzwischen längst gestorben sein und die durch das Medium der Post vermittelte Erklärung bleibt dennoch die seinige. Noch näher liegen Parallelen aus dem öffentlichen Rechte: die Vollendung von Gesetzen und Verordnungen, von Urteilen und Verwaltungsverfügungen. Alle diese verschiedenen Anordnungen erscheinen immer erst als vollendet, als wahrhaft

„erlassen“, in dem Momente der Bekanntmachung, — also in einem Schlussakte, der zwar stets im Namen und gemäss dem Willen des zur Anordnung Befugten, aber keineswegs notwendig bei seinen Lebzeiten oder gar durch ihn persönlich vollzogen werden muss. Der einzige durchgreifende Unterschied zwischen der Vollendung unsrer heutigen Testamente und der Vollendung von Rechtsgeschäften unter Lebenden besteht mithin darin, dass für die erstere, d. h. für die Publikation des Testamentes der Tod des Testators die regelmässige Bedingung bildet, während bei den letzteren der Eintritt des Todes eines Beteiligten vor Vollendung der Willenserklärung oder Normensetzung bloss eine zufällige Nebenerscheinung darstellt.

Alle Bedenken, die sonst etwa noch wider die Anwendung des Simultaneitätsprinzips auf letztwillige Verfügungen erhoben werden, dürften sich einfach durch die Erkenntnis erledigen, dass alle Testamente in gewisser Hinsicht — wenn auch nicht nach der Fassung, aber doch nach dem Sinne der Testamentsnormen oder nach den Bestimmungen des superordinierten Rechts — bedingte Rechtsgeschäfte, ja meist sogar mehrfach bedingte sind, und dass je nach der Art dieser Bedingungen auch die Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar aus der Vollendung dieser Rechtsgeschäfte hervorgehen, als sehr verschiedenartig bedingte sich darstellen.

Von den heutigen Testamentsformen unterscheidet sich der Erbvertrag — ähnlich wie schon das römische Mancipationstestament von den späteren römischen Testamentsformen — unter allen Umständen dadurch, dass zwischen den an seiner Errichtung Beteiligten sofort ein Rechtsverhältnis begründet erscheint, vermöge dessen den Paciszenten Ansprüche auf Beobachtung und bezw. Pflichten zur Ausführung der im Vertrage niedergelegten letztwilligen Verfügungen zukommen. Allein zugleich gehören die Erbverträge — geradeso wie die Mancipationstestamente und überhaupt wohl alle in Mancipationsform vorgenommenen Rechtsgeschäfte des römischen Rechts — zu denjenigen zweiseitigen Rechtsgeschäften, die nicht nur als zweiseitige, d. h. zwischen den Kontrahenten selbst, sondern ausserdem noch als einseitige, d. h. in Rücksicht auf dritte Personen eine Rechtswirkung

hervorbringen sollen. Und diese zweite Art der Rechtswirkung hängt nicht minder von einer Publikation an jene dritten Personen ab, wie die Rechtswirkung aller einseitigen letztwilligen Verfügungen oder sonstiger einseitiger Rechtsgeschäfte überhaupt. Wir werden also unsre Ansicht über die Vollendung der Erbverträge, gleichwie andrer Verträge, die bestimmt sind, überdies als einseitige Rechtsgeschäfte zu wirken, kurz dahin zusammenfassen müssen: Sie sind als Verträge, d. h. als wahrhaft zweiseitige Rechtsgeschäfte stets vollendet mit dem Vertragsabschluss; in ihrer Bedeutung als einseitige Rechtsgeschäfte dagegen werden sie vollendet mit Vollziehung desjenigen Rechtsaktes, der sich als Publikation an die in Frage kommenden dritten Personen darstellt. Für die Geltung oder Wirkung des Erbvertrags nach dem Zeitpunkte der Publikation gilt natürlich ganz dasselbe, was vorher über die mit dem Momente der Publikation gegebene Geltung der testamentarischen Normen zu sagen war.

Im Grunde folgt dies alles schon aus dem oben in § 23 Nr. 8 Ausgeführten. Es mag jedoch nicht ganz überflüssig sein, hier nochmals speziell an eine verwandte Rechtserscheinung aus einem anderen Rechtsgebiete zn erinnern. Alle Staatsverträge begründen einerseits von dem Augenblicke der Ratifikation an ein vertragsmässiges Rechtsverhältnis zwischen den kontrahierenden Staaten selbst oder wenn man lieber will zwischen deren Souveränen; als einseitiges Rechtsgeschäft oder, kürzer gesagt, als Gesetz wirken sie immer erst mit erfolgter verfassungsmässig gültiger Publikation und auch dann ist die Wirkung ihrer Normen naturgemäss zunächst nur eine bedingte, oft mehrfach bedingte. Ich möchte nun glauben, dass kaum etwas anderes so geeignet ist, unsre Auffassung von dem doppelten Charakter und dem entsprechenden doppelten Vollendungspunkte der Erbverträge zu illustrieren, wie das eben erwähnte Analogon. Nur ist dabei selbstverständlich ein zwiefacher Unterschied wohl zu beachten. Fürs erste derselbe, den wir schon zwischen Testamenten und einseitigen Rechtsgeschäften unter Lebenden zu konstatieren hatten; für die Publikation des Erbvertrags bildet der Tod des einen Paciszenten die wesentliche Voraussetzung, während für die Publikation eines Staatsvertrags der Tod eines am Vertragsschluss beteiligten Souveräns rechtlich

in keiner Weise, am allerwenigsten natürlich als Bedingung der Publikation in Betracht kommt. Zum zweiten erscheint die Publikation des Staatsvertrags als Gesetz, auch wo sie gemäss der betreffenden Staatsverfassung sofort, also ohne dass es der Anwendung des gesamten sonstigen Gesetzgebungsapparates bedarf, auf einfache Anordnung des Monarchen hin erfolgen kann, unter allen Umständen als ein besonderes Rechtsgeschäft, d. h. eine erneute, wenn auch inhaltlich an das Vertragsgeschäft sich anschliessende Normensetzung;[33]) die Publikation des Erbvertrags

[33]) Noch vollständiger würde natürlich die Parallele sein, wenn auch die Publikation der Staatsverträge nicht als eine besondere Normensetzung anzusehen wäre. Sehe ich recht, so ist dies wirklich die Meinung von Stoerk (Art. „Staatsverträge" in v. Stengel's Wörterb. des Verwaltungsrechts, bes. S. 524 ff.). Er behauptet, „dass auch im Staatsvertrage staatlicher Befehl steckt und staatliche Vollzugsverordnung ebenso wie in jedem rein innerstaatlichen Gesetze" und dass demgemäss die Publikation auch gar keine andere Bedeutung habe, wie bei letzteren. So beachtenswert indessen seine Ausführungen in mancher Hinsicht sind, in diesem Punkte kann ich ihm nicht zustimmen. Zuvörderst aus dem früher in § 23, Nr. 8, Anm. 21 angegebenen Grunde: Die Wirksamkeit eines Vertrags über den Kreis der Paciszenten hinaus — nach Art eines einseitigen Rechtsgeschäfts — ist immer bloss denkbar auf Grund eines superordinierten Rechts, das bereits an sich für jene dritten Personen verbindlich ist; und dies trifft m. E. für das Völkerrecht gegenüber den Staatsunterthanen nicht zu. Jedenfalls kann nicht davon die Rede sein, dass das Völkerrecht dem in den einzelnen Staaten geltenden Rechte in ähnlicher Weise übergeordnet und daher auch bei einem Versagen oder gar Verbieten des Einzelstaatsrechts für die Einzelstaatsgenossen verpflichtend wäre, wie unser deutsches Reichsrecht von heute gegenüber den ihm in der That subordinierten deutschen Landesrechten. Aber auch wenn wir das Völkerrecht im allgemeinen als ein superordiniertes Recht betrachten könnten, würde daraus eine unmittelbare Geltung völkerrechtlich bindender Normen innerhalb der dem Völkerrechte unterworfenen Staaten nur unter der Voraussetzung anzunehmen sein, dass 1) dieses superordinierte Recht eine thatsächlich supersumierbare Bestimmung des fraglichen Inhalts enthält, und 2) die Paciszenten wirklich eine unmittelbare Geltung ihres Vertrags für die Staatsunterthanen wollen. Beides ist m. E. wiederum zu verneinen. In Wahrheit läge auch bei vollster Anerkennung eines superordinierten Völkerrechts im allgemeinen die Sache nicht wesentlich anders, als bei einem Privatvertrage zwischen zwei Hausnachbarn, durch den etwa die Benutzung eines angrenzenden Baches seitens des beiderseitigen Gesindes oder sonstige Verkehrsverhältnisse zwischen den Grundstücksbewohnern geregelt werden sollen. Wie hier der Vertrag als solcher schlechterdings nur die vertragschliessenden Parteien selbst

dagegen ist kein neues Rechtsgeschäft, weil keine neue Normensetzung, sondern nur eine die im Erbvertrage enthaltene Normensetzung, soweit sie eine solche für dritte Personen ist, vollendende Rechtshandlung, die daher auch nicht auf Grund einer neuen Verfügung, sondern in blosser Ausführung des Publikationswillens der Paciszenten erfolgt, gleichviel ob solcher ausdrücklich erklärt ist oder vom superordinierten Rechte nur vorausgesetzt wird.

---

bindet und demgemäss zu seiner Beobachtung durch die darin genannten dritten Personen stets noch weitere Rechtsgeschäfte, Befehle an die Dienstboten oder Verträge mit den Mietbewohnern u. s. w., notwendig werden, die dann in erster Linie den Gegenstand der Erfüllung des Vertrags seitens der Paciszenten selbst bilden, ganz so trifft es für Staatsverträge zu, welche irgendwie Rechte und Pflichten der beiderseitigen Staatsgenossen betreffen. Und wie im ersteren Falle die zur Erfüllung des Vertrags dienenden Rechtsgeschäfte von den beiden Paciszenten immer nur je im eigenen Namen, niemals im Namen beider Teile zugleich vorgenommen werden, so erfolgt auch die Publikation eines Staatsvertrags seitens der beteiligten Staaten immer nur im eigenen Namen, niemals zugleich im Namen des anderen Teils. Gern gebe ich dabei zu, dass es auf eine „korrekte Publikationsformel“, in welcher der Gesetzescharakter des Publizierten besonders herausträte, wenig oder gar nicht, wesentlich dagegen auf den Inhalt des Publizierten ankommt. Wo ein Staatsvertrag so geartet ist, dass daraus unmittelbare Vorschriften für die Unterthanen der kontrahierenden Staaten nicht entnommen werden können, — wo z. B. der Vertrag die beiden Staaten nur im allgemeinen verpflichtet, Bestimmungen zu einem gewissen Zwecke oder von einem bestimmten Charakter zu treffen, ohne diese Bestimmungen gleichzeitig selbst zu formulieren, — da kann auch die schönste Publikationsformel solchen Vorschriften keine rechtsverbindliche Kraft für die Unterthanen verleihen. So lange nicht die vorbehaltene Formulierung hinzukommt, sind letztere überhaupt nicht gebunden; und sobald dadurch die fragliche Vertragsbestimmung seitens des Staates erfüllt ist, erscheint diese zugleich gegenüber den Unterthanen ersetzt. Wo umgekehrt in dem Staatsvertrage selbst die den Staatsgenossen aufzuerlegenden Pflichten sofort in Vorschriften gefasst werden, wie sie als Anordnungen für die letzteren ohne weiteres klar und erfüllbar sind, da genügt zur Inkraftsetzung innerhalb der betreffenden Staaten, soweit nicht deren Verfassungen besondere Forderungen in dieser Beziehung aufstellen, schlechthin jede Publikationsform, aus welcher der Wille des publizierenden Staates erkennbar ist, dass das Publizierte für die Staatsgenossen rechtsverbindlich sein soll. Will man diese letzterwähnte Thatsache gelegentlich so ausdrücken: „die für die Staatsgenossen gültigen Rechtssätze seien hier schon in dem Staatsvertrage selbst enthalten“, so können wir uns dies ja ruhig gefallen lassen. Aber man darf bei alledem niemals vergessen,

§ 26.

Die Ausführungen über Wesen, Vollendung und Wirkungen der Rechtsgeschäfte bilden auch die notwendige Grundlage für eine wahrhaft wissenschaftliche Lehre von den Rechtsgeschäfts-Mängeln und deren Folgen.

Einerseits lassen sich an der Hand unsers Rechtsgeschäftsbegriffs drei Hauptarten von Mängeln konstatieren:

I. Mängel, welche den wirklich vorliegenden Thatbestand überhaupt nicht als eine Normensetzung erscheinen lassen;

II. Mängel, welche uns hindern, die gesetzten Normen als subordinierte Rechtsnormen anzuerkennen;

III. Mängel, welche in einem Widerspruch der Normensetzung mit gewissen Normen des superordinierten Rechts bestehen, jedoch ohne dass dadurch die Geltung der gesetzten Normen als subordinierter ausgeschlossen würde.

Auf der anderen Seite entsprechen diesen verschiedenen Arten von Mängeln mindestens zum Teil bestimmte naturgemässe Folgen. Wo Mängel der beiden ersten Arten vorliegen, kann schlechterdings kein wahres Rechtsgeschäft zu stande kommen; es sei denn, dass noch ein späterer Wegfall des Mangels denkbar ist. Wo uns freilich Mängel der dritten Art entgegentreten, da ist über die Folgen im allgemeinen nur zu sagen, dass solche ausschliesslich abhängen von dem besonderen Inhalte

---

dass die so direkt für die Staatsgenossen formulierten Rechtssätze eine durchaus verschiedene Bedeutung haben, je nachdem sie als zum Inhalt des mit dem Momente der Ratifikation vollendeten Vertrags als solchen gehörig oder vielmehr als zur Nachachtung für die Unterthanen, m. a. W. als Gesetz publizierte Rechtsnormen angesehen werden. Als Vertragsnormen stellen sie immer bloss ein Norm-geben und Norm-nehmen seitens der Staaten als Vertragsparteien dar; sie lauten also, im Kern der Sache erfasst, etwa folgendermaassen: „Du, Staat, sollst dafür sorgen, dass seitens deiner Staatsgenossen im Verkehr mit den unsern die und die Regel beobachtet wird.“ Als zur Nachachtung publizierte, zum Gesetz erhobene Vorschriften richten sie sich an die Unterthanen und zwar als alleiniges Gebot des publizierenden Staates: „Ihr sollt beim Verkehr mit den Unterthanen des Gegenparts die und die Regel beobachten.“

der den Rechtsgeschäften superordinierten Rechte; und dieser kann unter Umständen derartig verschieden sein, dass an ganz ungleichartige Thatbestände die gleichen Folgen, an wesentlich gleichartige Thatbestände völlig differierende Folgen geknüpft erscheinen.

1. Das Wesen des Rechtsgeschäfts ist Setzung subordinierter Rechtsnormen. Mit dieser unserer Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts sind die zwei ersten Hauptarten der Rechtsgeschäfts-Mängel nebst ihren naturgemässen Folgen unmittelbar gegeben.

Vor allem ist klar: Wo ein Thatbestand gar keine Normensetzung in sich schliesst, da liegt auch nimmermehr ein Rechtsgeschäft in unserm Sinne vor.

Ich betone auch hier wieder das „in unserm Sinne". Dass dergleichen aus dem althergebrachten Rechtsgeschäftsbegriffe nicht abzuleiten ist, gebe ich von vornherein zu. Allein genauer betrachtet sind aus diesem alten Rechtsgeschäftsbegriffe überhaupt gar keine klar bestimmten Konsequenzen zu ziehen. Und eben darin, dass dem so ist, ja dass es noch schlechterdings nicht gelungen ist, eine strenge Definition, d. h. eine Definition ohne den Vorbehalt einer grösseren oder geringeren Zahl von Ausnahmen zu geben, darf ich den besten Beweis seines Ungenügens und die Rechtfertigung für die Aufstellung eines neuen erblicken. Vielleicht wird man uns hierauf abermals und abermals einwerfen, der alte Rechtsgeschäftsbegriff habe wenigstens den Vorzug, mit dem einen oder anderen positiven Rechte in Einklang zu stehen, während der unsrige Dinge, die im positiven Rechte völlig gleichbehandelt würden, rücksichtslos auseinander reisse. Ja, man wird dies vielleicht gerade aus der Lehre von den Rechtsgeschäfts-Mängeln ganz besonders schön illustrieren können. Aber wiederum und wiederum müssten wir dann auch diesen Einwurf als einen durchaus unstichhaltigen zurückweisen. Denn daraus, dass ein positives Recht gewisse Dinge gleich behandelt, folgt noch nicht einmal, dass die ihm zu Grunde liegende Gemeinanschauung dieselben als wirklich gleichartige Dinge ansieht; und noch weniger ist der Beweis für das Vorhandensein einer solchen Gemeinanschauung schon ein Beweis für deren Richtigkeit.

Dagegen wird es allerdings unsre Aufgabe sein, unsern eigenen Rechtsgeschäftsbegriff speziell in der oben bezeichneten Richtung noch weiter klarzulegen. Wir werden uns namentlich fragen müssen: Welche Rechtserscheinungen sind durch unsre obige Schlussfolgerung von der Kategorie der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen? Was sind das für Thatbestände, die „gar keine Normensetzung in sich schliessen"?

In erster Linie gehören natürlich hierher alle diejenigen Thatbestände, bei welchen es schlechthin an jeder Absicht fehlt, Normen setzen zu wollen. Ich denke dabei nicht etwa vorzugsweise an Fälle, in denen gar keine wahren Handlungen oder doch jedenfalls keine Rechtshandlungen vorliegen; so zweifellos auch diese unter die fragliche Rubrik zu bringen sind, so wenig Interesse bieten sie — eben wegen der völligen Zweifellosigkeit und noch mehr wegen ihres durchaus heterogenen Charakters — für unsre gegenwärtige Erörterung dar. Wie wir hingegen schon in § 21 gezeigt haben, giebt es auch zahlreiche Rechtshandlungen, die keine Rechtssetzungshandlungen sind, d. h. Handlungen, die wohl einen Rechtszweck verfolgen, aber einen andern als „Normensetzung". Wir erinnern beispielsweise an Besitzergreifung und Besitzaufgabe, an alle möglichen Arten von Erfüllungshandlungen und umgekehrt an Kündigungen und Proteste, an die Einbringung von Klagen und sonstigen Rechtsmitteln und die entsprechenden formellen Verteidigungshandlungen, an Beurkundungen, Beweisakte u. a. m. Gerade unter diesen verschiedenen Arten von Rechtshandlungen finden sich nicht wenige, welche in der bisherigen Doktrin öfters als Rechtsgeschäfte bezeichnet, freilich auch ebenso oft in dieser Eigenschaft bestritten worden sind; und bei der Vagheit des alten Rechtsgeschäftsbegriffs, der weder eine scharf bestimmte Art von Rechtszweck, noch unter allen Umständen die bewusste Richtung des Willens auf diesen bestimmten Rechtszweck voraussetzt, kann dies auch kaum Wunder nehmen. Höchstens muss es auffallen, dass man — weniger durch die Rücksicht auf irgend eine Begriffsbestimmung vom Rechtsgeschäft als durch ein gewisses richtigeres Gefühl geleitet — vor der Schlussfolgerung zurückgeschreckt ist, dass im Grunde alle die vorgenannten Rechtshandlungen „Rechtsgeschäfte" seien, während es von unserm Stand-

punkte aus im allgemeinen offenbar nur Rechtsbethätigungshandlungen im weitesten Sinne (§ 21, Nr. 4) sind.

An zweiter Stelle haben wir diejenigen Handlungen zu nennen, bei denen zwar wirklich oder scheinbar eine auf Normensetzung gerichtete Absicht vorliegt, jedoch ohne dass diese Absicht in ihnen selbst realisiert würde. Selbstverständlich müssen wir hierbei wiederum unterscheiden zwischen solchen Handlungen, die überhaupt nicht einmal Rechtshandlungen sind, und solchen, denen dieser letztere Charakter oder, genauer gesagt, der Charakter als Rechtssetzungshandlungen in dem in § 21, Nr. 4 erörterten Sinne zukommt, obgleich sie für sich allein nicht ausreichen, eine vollständige Normensetzung herzustellen. Von der ersten Art sind, ganz abgesehen von blossen Scherzen und theatralischen Handlungen, auch alle Entwürfe zu Verträgen, Gesetzen, Urteilen u. s. w., so lange der Entwerfende noch die volle Disposition darüber hat; sie stehen — trotz des Zwecks, dem sie nach der Absicht des Entwerfenden zu dienen bestimmt sind, — juristisch auf gleicher Stufe mit der Formulierung gewisser Normen zu rein wissenschaftlichem Zwecke oder mit der Aufstellung von Musterbeispielen für den praktischen Gebrauch. Als Handlungen der zweitgedachten Art erscheinen dagegen alle auf eine bestimmte Normensetzung gerichteten Handlungen, — also alle Handlungen, ohne welche das Zustandekommen der Normensetzung, sei es bloss im allgemeinen, sei es gerade in einer bestimmten Gestalt, mit bestimmtem Inhalt und bestimmter Form, gar nicht gedacht werden kann (vgl. § 22, Nr. 5), — sofern sie nicht in ihrem Zusammenhange, sondern nur jede einzeln für sich aufgefasst werden oder sofern sonst eine Bedingung noch unerfüllt ist, welche die Normsetzenden als zur Vollendung der Normensetzung wesentlich voraussetzen. So sind z. B. Angebot und Annahme, je für sich allein betrachtet, niemals Rechtsgeschäfte. Erfolgt auf das Angebot keine Annahme, so kommt keine Normensetzung nach dem Willen des Anbietenden zu stande; ebensowenig kann die Annahme-Erklärung die Normensetzung in der vom Annehmenden vorausgesetzten Weise herbeiführen, wenn gar kein oder auch nur kein völlig entsprechendes Angebot vorliegt. Daran kann sogar die Thatsache nichts ändern, dass ein

superordiniertes Recht an die fraglichen beiden Rechtssetzungshandlungen bestimmte Ansprüche und Pflichten knüpft, durch welche die freie Zurücknahme des ersten und eventuell auch des neuen Angebots, das etwa in einer als solcher verfehlten Annahme-Erklärung liegt, für eine gewisse Frist ausgeschlossen wird. So gehört ferner zu jeder einseitigen Normensetzung, wie wir namentlich schon in § 25, Nr. 7 betont haben, irgend ein Publikationsakt, d. h. ein Rechtsakt, mittelst dessen nach dem Willen des Normsetzenden selbst die fragliche Norm denen bekannt gegeben wird, an deren Adresse sich ihr Inhalt richtet. Zwar versteht sich von selbst, dass dies nicht notwendig eine besondere Rechtshandlung neben und nach der Handlung der Feststellung der zu verkündenden Norm zu sein braucht, vielmehr in zahlreichen Fällen, beispielsweise bei einfachen Befehlen an Untergebene oder bei privatrechtlich bindenden einseitigen Versprechen, Feststellung und Verkündung der Norm zu einer einzigen Rechtshandlung, die zugleich Rechtsgeschäft ist, verbunden auftreten. Aber wo zu einem einseitigen Rechtsgeschäfte verschiedene Rechtshandlungen erforderlich sind — und dies wird namentlich da regelmässig der Fall sein, wo zu einem einseitigen Rechtsgeschäfte mehrere Subjekte zusammenwirken, — da liegen die Dinge auch ganz so, wie nach dem unmittelbar vorher Bemerkten bezüglich der zu einem Vertrage erforderlichen zwei oder auch noch mehreren Rechtssetzungshandlungen. Für sich allein begründet keine ein Rechtsgeschäft; selbst dann nicht, wenn an sie vom superordinierten Rechte bestimmte Rechtsfolgen, z. B. Ansprüche auf die Fortführung der Verhandlungen über die zu setzenden Normen, also zur Vornahme weiterer Rechtshandlungen geknüpft sind.

Der Unterschied zwischen den von uns vorgeführten beiden Klassen von Rechtshandlungen, die nicht als Rechtsgeschäfte — weil überhaupt nicht als Normensetzungen — angesehen werden können, liegt auf der Hand. Die Rechtshandlungen der ersten Klasse stehen geradezu im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften; aus blossen Rechtsbethätigungshandlungen kann niemals ein Rechtsgeschäft hervorgehen, auch wenn man noch so viele miteinander verbinden wollte. Die Rechtshandlungen der zweiten Klasse erscheinen umgekehrt, von wenigen hierher nicht

gehörigen Ausnahmen abgesehen, als mögliche Bestandteile werdender oder doch erstrebter Rechtsgeschäfte; und darum schliesst das vorläufige Fehlen der sonst noch zu dem betreffenden Rechtsgeschäfte notwendigen Rechtssetzungshandlungen eine spätere Vollendung desselben so lange nicht aus, als nicht die vorgenommenen Rechtssetzungshandlungen durch nachfolgende entgegengesetzt wirkende Rechtshandlungen oder zufolge anderer vom superordinierten Rechte vorgesehener Umstände unwirksam geworden sind.

2. Als zweite Hauptart von Rechtsgeschäfts-Mängeln, wie solche sich ebenfalls unmittelbar aus unserm Rechtsgeschäftsbegriff ergiebt, stellen sich alle diejenigen Mängel dar, welche uns hindern, die etwa thatsächlich gesetzten Normen als subordinierte Rechtsnormen anzuerkennen.

Auch innerhalb dieser zweiten Hauptart unterscheiden wir bei näherer Betrachtung leicht mehrere Unterarten. Einmal kann die Unmöglichkeit, eine Norm als subordinierte Rechtsnorm oder, genauer gesagt, als einem bestimmten Rechte subordinierte Norm anzuerkennen, auf dem Inhalt der Norm selbst beruhen. Anderseits kann der Grund ausschliesslich in der Art der Normensetzung, also in einem Mangel ihrer Entstehung oder Kundgebung liegen. Zum dritten endlich können die normsetzenden Subjekte an Mängeln leiden, um derentwillen das in Frage kommende ihnen superordinierte Recht ihren Normensetzungen die Anerkennung weigert, — sei es allgemein, sei es nur in Rücksicht auf den besonderen Inhalt oder auf die vorliegende Art der Normensetzung.

Schon ihrem Inhalte nach nicht-subordiniert sind alle diejenigen Normen, welche Forderungen an den Adressaten stellen, wie sie das superordinierte Recht innerhalb seines Bereichs in keiner Weise als gültig oder bindend angesehen wissen will. Was hierzu gehört, ist natürlich immer nur aus dem konkreten superordinierten Rechte selbst zu entnehmen. Die namhaftesten Rechte des Altertums und des Mittelalters — um von den zahllosen „wilden“ Völkerschaften ganz zu schweigen — kennen eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die von unsern heutigen Kulturstaaten schlechtweg verworfen werden; man denke beispielsweise an Sklaverei, Mancipium, Leibeigenschaft,

Konkubinat u. a. m. Daraus folgt, dass die Setzung von Normen, wie sie den charakteristischen Inhalt derartiger Rechtsverhältnisse bilden, niemals ein Rechtsgeschäft auf dem Boden unsrer modernen Staaten begründen kann, während dies auf dem Boden der antiken und mittelalterlichen Rechte in ausgedehntem Maasse möglich war.[1]) Auch ist zu beachten, dass der Umfang, in welchem das Recht eines Staates Normen von einem gewissen Inhalt nicht anerkennen will, für verschiedene Gebiete desselben Staatswesens verschieden bestimmt sein kann. Und zwar kommen als solche verschiedene Gebiete nicht bloss verschiedene Ortsbezirke, Provinzen u. s. w. in Frage, sondern auch ausschliesslich den Objekten nach verschieden bestimmte. Normen, die geradezu „contra bonos mores" im Sinne eines gewissen positiven Rechts oder m. a. W. gegen das allgemeine Sittlichkeitsgefühl einer Rechtsgemeinschaft, eines Volkes oder Staates gehen, werden regelmässig für alle Gebiete des betreffenden superordinierten Rechts, also sowohl für das öffentliche, wie für das Privatrecht ausgeschlossen sein. Ein richterliches Urteil, durch welches jemand zur Vornahme einer nach allgemeiner Rechtsanschauung unerlaubten Handlung verurteilt würde, erlangt ebensowenig Rechtskraft, wie der ihm etwa zu Grunde liegende Vertrag, in welchem eine solche Handlung versprochen worden ist. Und das Gleiche muss offenbar im allgemeinen auch von den sonstigen Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts, z. B. Strafurteilen und Verwaltungsverfügungen gelten. Sogar die Staatsgesetze

---

[1]) Noch viel auffälliger tritt die gleiche Erscheinung bei jenen superordinierten Rechten niederer Ordnung hervor, die in ihrer Eigenschaft als superordinierte Rechte für gewöhnlich gar nicht beachtet werden. Ich erinnere z. B. an alle möglichen Arten von Dienstverträgen. Je weniger Schranken das bürgerliche Recht eines Staates für die Errichtung derartiger Verträge aufstellt und je mannigfaltiger hiernach die auf Grund dieses (ihnen superordinierten) Rechts errichteten Dienstverträge sein können, um so verschiedener können auch die mit solchen Verträgen gegebenen Grundsätze über die Gültigkeit der ihnen subordinierten Rechtsnormen, will sagen der auf Grund eines Dienstvertrags erlassenen Anordnungen oder Befehle des Dienstherrn sein. Denn selbstverständlich ist die Rechtskraft aller dienstherrlichen Anordnungen abhängig davon, dass sich der Anordnende im Rahmen des Dienstverhältnisses gehalten hat; was darüber hinausliegt, ist in keinem Falle mehr dem Dienstvertrage subordiniert.

machen nicht notwendig eine Ausnahme. Wenn der Schein hier für das Gegenteil spricht, so hat das einzig darin seinen Grund, dass es in dem ihnen übergeordneten Verfassungsrechte in der Regel an entsprechenden Normen fehlt, in denen nicht nur der Gesetzgebung selbst bestimmte materielle Grenzen gezogen, sondern auch überdies noch die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze allen Rechtsgenossen, insbesondere dem Richter vollständig freigegeben wäre. Dagegen liegt in der Thatsache dieses Mangels allerdings ein Beweis dafür, dass der Begriff der rechtlichen Unerlaubtheit sogar vom Standpunkte unsrer heutigen Staaten aus als kein unbedingter erscheint. In noch viel höherem Maasse relativ ist der Begriff des Erlaubten und Unerlaubten da, wo sein Inhalt je nach der Verschiedenheit der Verhältnisse verschieden bestimmt ist, also vor allem wo das superordinierte Recht nur solche Normensetzungen anerkennen will, die es unter den vorausgesetzten Verhältnissen ausdrücklich zulässt oder geradezu fordert. Von diesem Standpunkte aus erscheinen z. B. nach unserm heutigen deutschen Rechte als ausgeschlossen Civilurteile, die auf Schuldhaft, und nicht minder Strafurteile, die auf eine Strafart lauten, welche unser Strafrecht nicht kennt. Und zwar kommt es im letzterwähnten Falle selbstverständlich gerade auf das dem betreffenden Strafurteile superordinierte Strafrecht an; das Strafurteil eines ordentlichen Gerichts, das auf eine Strafe ginge, die bloss einem Sonderstrafrechte, z. B. dem Militärstrafrechte eigentümlich ist, würde ganz ebenso absolut ungültig sein, wie umgekehrt das Strafurteil eines Sondergerichts, das im Widerspruch mit dem ihm superordinierten Rechte die von diesem zugelassenen Strafen durch solche des allgemeinen bürgerlichen Strafrechts ersetzen wollte.

Nach der Art der Normensetzung erscheinen als nichtsubordiniert alle Normen, bei deren Setzung entweder die Absicht der Subordination fehlt oder irgendwelche Forderungen des superordinierten Rechts bezüglich der Feststellung und Kundgebung derartiger Normen nicht beobachtet sind. Praktisch betrachtet ist allerdings der hier an erster Stelle genannte Mangel kaum der Erwähnung wert. Denn abgesehen von den Fällen, wo die Norm nachweislich als keine rechtlich bindende gewollt oder wo die Subordination schon durch den Inhalt der gesetzten Normen

ausgeschlossen wird, muss die Absicht der Subordination — wie wir in § 23, Nr. 10 und § 24, Nr. 6 ausgeführt — in ausgedehntestem Maasse vermutet werden. Ja, diese Vermutung ist selbst da nicht allgemeinhin zurückzuweisen, wo der Normsetzende unter dem Einfluss psychischen Zwanges gehandelt hat. Um so mannigfaltiger sind die Fälle, in denen die mit rechtsgeschäftlicher Absicht gesetzten Normen darum nicht als gültige, dem vorausgesetzten superordinierten Rechte subordinierte angesehen werden können, weil irgendwelche Forderungen dieses superordinierten Rechts bezüglich der Feststellung oder Kundgebung derselben nicht erfüllt sind. Insbesondere ist überall, wo darin bestimmte Formen vorgeschrieben werden, auch die Frage aufzuwerfen, ob und wieweit diese Formen als wesentliche, die Geltung des Rechtsgeschäfts bedingende gesetzt sind. Wo und soweit diese Frage bejaht werden muss, können Normen, deren Setzung diesen Formvorschriften nicht entspricht, auch niemals als dem solche Formvorschriften aufstellenden Rechte subordinierte angesehen werden. So kommt allen in einfachen mündlichen Verträgen gesetzten Normen keine Geltung zu auf dem Boden derjenigen bürgerlichen Rechte, welche für Verträge des fraglichen Inhalts notwendig schriftliche Abfassung oder gar gerichtliche oder notarielle Form verlangen; so begründet nach unsrer heutigen Civilstandsgesetzgebung die bloss kirchliche Eheschliessung weder eine Ehe noch irgendwelches andere bürgerliche Rechtsverhältnis; so ist ein richterliches Urteil, das nicht schriftlich formuliert oder nicht unterschrieben ist, nach unsern deutschen Prozessgesetzen schlechthin kein Urteil.

Wegen ungenügender Qualifikation der normsetzenden Subjekte endlich ist eine Setzung subordinierter Normen überall da unmöglich, wo das als superordiniert vorausgesetzte Recht die betreffenden Personen entweder überhaupt für unfähig erklärt, innerhalb seines Bereiches rechtsverbindliche Normen zu setzen, oder auch nur als unfähig, Normensetzungen von einem bestimmten Inhalt oder einer bestimmten Form oder in Beziehung auf bestimmte andere Subjekte vorzunehmen. Am meisten in die Augen fallen natürlich die hier an erster Stelle genannten allgemeinen oder, wenn man lieber

will, absoluten Unfähigkeitserklärungen. Geisteskranke und Kinder unter sieben Jahren können nach den Bestimmungen unsres bürgerlichen Rechts niemals rechtsverbindliche, d. h. diesem Rechte selbst subordinierte Normen setzen, auch wo die Wissenschaft ihre natürliche Fähigkeit, bewusster und freier Weise solche Normen zu setzen, noch so klar zu erweisen vermöchte. Ungleich zahlreicher noch sind dagegen die möglichen Fälle relativer Unfähigkeit. Man darf nur dabei nicht bloss an die beschränkte Handlungsfähigkeit bei Minderjährigen und ähnlichen, unter Vormundschaft oder Kuratel stehenden, oder doch sonstwie in ihrer privatrechtlichen Stellung beschränkten Personen denken. Neben diesen Fällen relativer Unfähigkeit stehen zahllose andere, auf die man bloss gewöhnlich nicht zu achten pflegt, weil wir längst gewohnt sind, die Fähigkeit zur Vornahme der betreffenden Normensetzungen nicht als eine allgemeine, sondern vielmehr umgekehrt als eine solche zu denken, wie sie nach dem Artcharakter der letzteren immer nur ganz besonders qualifizierten Subjekten zukommen kann. Dass z. B. jemand, der nicht Ehemann, Vater, Vormund, Eigentümer u. s. w. ist, keine Rechtsgeschäfte vornehmen kann, wie sie gerade diese Eigenschaft des Handelnden voraussetzen, — dass ein Mann, der nicht Richter ist, keine richterliche Entscheidung fällen oder gültig unterschreiben kann, — dass auch kein Rechtsgeschäft zu stande kommt, wo eine Person zwar im allgemeinen derartig qualifiziert ist, im konkreten Falle aber nicht in dieser Eigenschaft, z. B. der Richter nicht als solcher oder, was dasselbe besagt, nicht im Namen des Staates oder Souveräns, dessen Beamter er ist, sondern kraft angeblicher eigener Autorität oder im Namen irgendwelcher anderer Privatpersonen thätig wird, — dass eine Eheschliessung zwischen Mann und Mann, Eltern und Kindern, Bruder und Schwester ebenso unmöglich ist, wie eine Adoption der Frau seitens des Ehemannes, der Schwester seitens des Bruders u. s. w., — all das sind Dinge, die uns — gleichviel ob infolge des allgemeinen Begriffs, den wir von Rechtsgeschäften der fraglichen Art überhaupt haben, oder bloss infolge der besonderen Auffassung unsers positiven Rechts, — schlechthin selbstverständlich erscheinen. Und eben daraus erklärt es sich leicht, dass im praktischen Leben diese Arten relativer Unfähigkeit

nahezu gar keine Rolle spielen, indem kaum jemand darauf verfällt, derartige Rechtsgeschäfte vornehmen zu wollen, wenn er nicht (sowohl an sich, als im konkreten Falle) dazu genügend qualifiziert ist, — es sei denn etwa in betrügerischer Absicht. Aber theoretisch betrachtet liegt in dieser Thatsache kein Grund, solche immerhin vorhandene und in allergrösster Mannigfaltigkeit denkbare Fälle relativer Unfähigkeit einfach zu streichen.

Die naturgemässen Folgen der vorerwähnten Rechtsgeschäfts-Mängel ergeben sich unmittelbar aus dem allgemeinen Begriffe, unter welchem wir dieselben hier (in Nr. 2) zusammengefasst haben. Eine Setzung von Normen, die aus irgend einem Grunde dem als superordiniert gedachten Rechte in Wahrheit nicht subordiniert sind, kann niemals ein Rechtsgeschäft begründen; denn nach unsrer Auffassung vom Rechtsgeschäft gehört zu dessen Wesen notwendig die Setzung subordinierter Rechtsnormen. Nur ist dabei zu beachten, dass die Beantwortung der Frage, unter welchen Umständen eine Norm als einem bestimmten Rechte subordiniert anzusehen sei, — abgesehen von dem im allgemeinen vorauszusetzenden Subordinationswillen der normsetzenden Personen, — ganz und gar von dem Inhalte jenes bestimmten, als superordiniert gedachten Rechts abhängt. Wie demnach aus diesem bestimmten, als superordiniert in Betracht kommenden Rechte selbst die Entscheidung darüber entnommen werden muss, ob oder inwieweit gewisse Bestimmungen desselben über Inhalt, Form und Subjekte der Rechtsgeschäfte als wesentliche oder unwesentliche zu gelten haben, — wir kommen hierauf in Nr. 3 noch zurück, — so ist es auch ganz wohl möglich, dass derartige Bestimmungen, die im allgemeinen als wesentliche gedacht werden, doch zugleich mit der Einschränkung ergangen sind, dass unter bestimmten Bedingungen deren Nichtachtung durch andere Thatsachen, namentlich durch spätere Nachholung des Versäumten ausgeglichen sein soll.[2]) Man pflegt in solchen Fällen von einer „heilbaren“ Nichtig-

[2]) Beispiele: Die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Minderjähriger, sofern dadurch die ohne Zustimmung des Vormunds abgeschlossenen zwar im allgemeinen für ungültig erklärt, aber doch im Falle späterer Genehmigung seitens des Volljähriggewordenen nachträglich anerkannt werden; die Rechtsgrundsätze über die Wirkung nachträglicher Genehmigung seitens des ohne

keit oder Ungültigkeit zu reden. Ob diese Ausdrucksweise in jeder Hinsicht gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben;[3]) richtig an ihr ist aber jedenfalls der Gedanke, dass es sich bloss um Ausnahmefälle handeln kann, in denen ein in erster Linie als wesentlich gemeintes Erfordernis aus mehr oder weniger naheliegenden praktischen Gründen durch eine Zusatzbestimmung der fraglichen Art abgeschwächt erscheint, und dass demgemäss auch eine solche Abschwächung immer nur angenommen werden darf, wo sie in den

---

Vollmacht Vertretenen, seitens des Gläubigers bei der Schuldübernahme durch einen Dritten, seitens des Eigentümers beim Verkauf einer fremden Sache u. s. w., sowie die Rechtsnormen über die noch nachträgliche Bekanntmachung oder Eintragung gewisser Rechtsgeschäfte, wenigstens sofern die Parteien das Rechtsgeschäft bereits vor der Genehmigung (Bekanntmachung, Eintragung) als vollendet ansehen; die Vorschriften des B. G.-B. über die wesentliche Form der Eheschliessung (Konsenserklärung vor dem Standesbeamten), sofern nach § 1324 doch auch eine ohne Beobachtung dieser Form eingegangene Ehe als gültig anzusehen ist, wenn sie nur ins Heiratsregister eingetragen wurde und die Ehegatten alsdann eine bestimmte Zeit als Ehegatten miteinander gelebt haben; desgleichen die kanonischrechtlichen Bestimmungen über trennende, aber dispensable Ehehindernisse, sofern die Dispensation auch noch nachträglich erteilt werden kann.

[3]) Jacobi in seiner Abhandlung über die fehlerhaften Rechtsgeschäfte (Archiv f. civil. Praxis, Bd. 86, S. 51 ff., insbesondere 81, 137, 149) will für alle diese Fälle ausschliesslich das Wort „Ungültigkeit" angewandt wissen, und zwar dergestalt, dass der Gedanke der „Heilbarkeit" mit diesem Begriffe ebenso untrennbar verbunden erscheint, wie dann anderseits mit dem Begriffe der „Nichtigkeit" der Gedanke der „Unheilbarkeit". Ich gebe zu, dass dieser Vorschlag mancherlei für sich haben würde; zumal im Vergleich mit dem bedenklichen Wege, den das B. G.-B. eingeschlagen hat, indem es den Ausdruck „Ungültigkeit" gänzlich bei Seite schob und die uns gegenwärtig interessierenden Fälle — mit Ausnahme des eherechtlichen nach § 1324 — sämtlich unter den Begriff der „Unwirksamkeit" der Rechtsgeschäfte und damit in ein und dieselbe Rubrik mit einer Reihe völlig anders gearteter Fälle brachte, für welche die gewählte Bezeichnung ungleich zutreffender ist. Für mein Teil habe ich indessen vorgezogen, in der vorliegenden Darstellung überhaupt jede derartige technische Bezeichnungsweise nach Möglichkeit zu vermeiden, da die Zerfahrenheit, die bezüglich des Gebrauchs der verschiedenen vorgenannten Ausdrücke sowohl auf dem Gebiete der Wissenschaft als der Gesetzgebung herrscht, die Annahme eines wahrhaft allgemeinen Sprachgebrauchs ausschliesst und die Konstituierung eines privaten für unsere speziellen Zwecke mir nicht geboten erschien.

einschlagenden Rechtsquellen deutlich bezeugt ist. Von unserm Standpunkte aus gesprochen: Es liegt in jenen Fällen eine Setzung von Normen vor, die zwar zunächst als den Erfordernissen des superordinierten Rechts nicht entsprechende, also nicht wahrhaft subordinierte sich darstellen, aber doch auf Grund ausdrücklicher anderer Vorschriften durch bestimmte weitere Vorgänge zu entsprechenden, subordinierten werden können, ohne dass diese weiteren Vorgänge als eine vollständig neue Normensetzung anzusehen wären.

3. Mit den wiederholten Erörterungen über Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit der Forderungen, die ein als superordiniert zu denkendes Recht in Bezug auf irgendwelche Rechtsgeschäfte aufstellt, ist auch die dritte und letzte Hauptgruppe von Rechtsgeschäfts-Mängeln bereits mitgegeben: sie begreift alle diejenigen Differenzen zwischen dem superordinierten Rechte und den subordinierten Normen, welche eine Subordination der letzteren unter das erste darum nicht ausschliessen, weil ihnen das superordinierte Recht eben trotz solcher Differenz die Geltung nicht versagen will.

Es liegt auf der Hand, dass auch die Rechtsgeschäfts-Mängel dieser dritten Gruppe nach denselben Gesichtspunkten zu klassifizieren sind, wie die Mängel der vorher erörterten zweiten. Denn der Unterschied zwischen beiden Gruppen besteht ja einzig darin, dass es sich bei der einen um wesentliche, d. h. das Zustandekommen eines wahren Rechtsgeschäfts ausschliessende Mängel handelt, bei der andern um unwesentliche, d. h. um solche, die die Existenz des Rechtsgeschäfts, die Geltung der in ihm gesetzten Normen an sich nicht in Frage stellen, mindestens nicht unmittelbar und für sich allein. Gemeinsam dagegen ist ihnen der Grund des Mangels: hier wie dort ein Widerspruch zwischen der thatsächlich erfolgten Normensetzung und dem als superordiniert vorausgesetzten Rechte.

Als erste Unterart tritt uns also auch hier die Verletzung von Rechtsnormen entgegen, welche sich auf den Inhalt der in gewissen Rechtsgeschäften zu setzenden Normen beziehen. Vor allem sind derartige Rechtsnormen dem öffentlichen Rechte eigentümlich. Zumal im Gebiete der Rechtspflege erscheinen die damit betrauten Organe des Staates als verpflichtet, bei den ihnen

zukommenden Rechtsgeschäften (Verfügungen, Entscheidungen, Urteilen) den Inhalt der von ihnen zu setzenden Normen zum Teil aus dem superordinierten Rechte zu schöpfen. Und bei genauerer Betrachtung ist das Gleiche sogar für die Rechtsgeschäfte der Verwaltung im engeren Sinne zu behaupten; man muss nur zugleich beachten, dass die dahin einschlagenden superordinierten Rechtsnormen meist bloss relativ bestimmte, oft ausserordentlich weit gefasste sind, so dass ihre Beobachtung oder Nichtbeobachtung sich in vielen Fällen jeder Kontrolle entzieht. Dagegen kennt das Privatrecht nur wenige oder keine Rechtsnormen, welche eine ähnliche Tendenz verfolgen, die zu einem Privatrechtsgeschäft verschreitenden Personen bezüglich des Inhalts desselben irgendwie verpflichten zu wollen, ohne doch zugleich von der Erfüllung dieser Pflicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängig zu machen.[4])

An zweiter Stelle ist entsprechend die Verletzung von Rechtsnormen zu nennen, welche die Art der Normensetzung betreffen; sei es dass danach der Subordinationswille als ein mangelhafter erscheint, sei es dass die für seine Feststellung oder Kundgebung vorgeschriebenen Formen nicht erfüllt sind. Man denke einerseits an Rechtsgeschäfte, die unter dem Einfluss psychischen Zwanges oder betrügerischer Täuschung vorgenommen werden, anderseits an die Nichtbeobachtung irgend einer sogen. Ordnungsvorschrift, wie sie für gewisse Rechtsgeschäfte in grösserer oder geringerer Anzahl vorzukommen pflegen.

Zum dritten endlich gehört hierher die Verletzung von Rechtsnormen, welche bestimmten Personen verbieten, Rechtsgeschäfte von einer gewissen Art vorzunehmen, ohne doch die

---

[4]) Als ein Analogon zu dem richterlichen Urteil kann allerdings der Schiedsspruch gelten, sofern der Schiedsrichter regelmässig in ganz derselben Weise verpflichtet ist, das schon an sich für das in Streit befangene Rechtsverhältnis maassgebende Recht bei seiner Entscheidung zur Anwendung zu bringen, wie der staatliche Richter. Aber diese Verpflichtung gründet sich nur mittelbar auf die für die ganze bezügliche bürgerliche Gesellschaft gültigen Normen des Privatrechts, unmittelbar dagegen auf die subordinierten Normen des Schiedsvertrags, der auch — wenn das superordinierte Recht dies nicht verbietet — ein anderes Recht als Entscheidungsgrundlage aufstellen kann.

Gültigkeit solcher unter Nichtachtung des Verbots vorgenommener Rechtsgeschäfte auszuschliessen. Naheliegende Beispiele bietet die Lehre von den aufschiebenden Ehehindernissen des bürgerlichen und kirchlichen Rechts dar.

Was für positive Rechtsfolgen sich an die Rechtsgeschäfts-Mängel unserer dritten Hauptgruppe — gleichviel von welcher Unterart — knüpfen, kann begreiflicherweise immer nur aus dem betreffenden superordinierten Rechte entnommen werden. Denkbar sind die allerverschiedensten Rechtsfolgen. Und ebendarum lässt sich im allgemeinen nur so viel darüber sagen, dass die Bestimmung der Rechtsfolge regelmässig abhängt von der Bedeutung, welche das fragliche Recht den verletzten Rechtsnormen beimisst. (Vgl. § 8, insbesondere Nr. 6, Bd. I, S. 133—144.) Wo die verletzten Rechtsnormen bloss relativ bestimmte in dem in § 5, Nr. 3 (Bd. I, S. 79 ff.) erörterten Sinne sind, und wo demgemäss eine genaue Kontrolle, ob im konkreten Falle eine Verletzung derselben vorliegt, sehr erschwert, wenn nicht geradezu unmöglich ist, da wird das Recht meist darauf verzichten müssen, eine besondere Rechtsfolge für jede einzelne Normenübertretung festzusetzen. Dasselbe thut es aber auch bei zahlreichen andern Vorschriften, die zwar ganz deutlich als gebietende und zwar absolut bestimmte Rechtsnormen auftreten, aber trotzdem als blosse „Ordnungsvorschriften" anzusehen sind. Nicht als wenn sie darum „leges imperfectae" wären; gegen offenbare und zumal geflissentliche Nichtachtung fehlt es auch bei ihnen nicht an Mitteln der Rechtsbewährung, namentlich in Gestalt von Ordnungs- oder Disziplinarstrafen. Sie werden nur im Vergleich mit andern nicht so hoch gewertet, dass jede einzelne Übertretung eine besondere Rechtsbewährung herausforderte. Umgekehrt giebt es Rechtsnormen, die jenen andern Rechtsvorschriften, von deren Beobachtung das Zustandekommen gewisser Rechtsgeschäfte abhängt, an Bedeutsamkeit so wenig nachstehen, dass die trotz ihrer Nichtachtung einem Rechtsgeschäfte gewährte Anerkennung bloss aus der Rücksicht auf den Willen der durch die Rechtsverletzung getroffenen Partei oder aus irgendwelchen andern praktischen Gründen sich erklären lässt. Insbesondere gehören hierher alle die Fälle, in denen das superordinierte Recht ein Rechtsgeschäft für „anfechtbar"

erklärt.[5]) Wo ferner nach der Anschauung der superordinierten Rechtsgemeinschaft zwar kein durchschlagender Grund vorhanden, gewissen Arten von Rechtsgeschäften schlechthin jede Geltung zu versagen, aber doch eine Begünstigung derselben und darum auch die Gewährung von Staatshilfe zu ihrer Geltendmachung nicht angezeigt erscheint, da bietet sich als nächstliegende Rechtsfolge die Abschneidung prozessualischer Rechtsmittel oder auch speziell nur des Klagrechts dar. Endlich können neben den genannten Rechtsfolgen oder auch für sich allein alle möglichen Arten von Strafvorschriften und Schadenersatzbestimmungen Platz greifen. Eine nähere Erörterung der Gesichtspunkte, unter denen diese letzteren zu beurteilen sind, würde hier zu weit führen; übrigens werden wir im dritten Buche darauf zurückzukommen haben.

---

[5]) Ich verkenne hierbei keineswegs, dass auch dieser Ausdruck sowohl in der Wissenschaft als in den verschiedenen Gesetzgebungen durchaus nicht gleichmässig gebraucht wird, ja dass sogar in ein und demselben positiven Rechte öfters ganz verschiedenartige Rechtswirkungen mit dem Begriffe der Anfechtung verbunden werden. Allein zwischen allen diesen Fällen herrscht doch insofern Übereinstimmung, als für den Eintritt der fraglichen Rechtswirkungen niemals der Mangel im Rechtsgeschäft an sich schon genügt, sondern stets noch eine besondere Rechtshandlung eines am Rechtsgeschäft Beteiligten — eben die als „Anfechtung" bezeichnete Geltendmachung des Mangels — erforderlich ist.

Vierter Abschnitt.

Die Rechtssitte.

§ 27.

Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit ist die andauernd gewordene gleichmässige Übung oder Befolgung von Rechtsnormen.

Die Rechtssitte hat demgemäss mit allen andern Arten von Sitte gemein die Gleichmässigkeit und längere Dauer der Übung oder Befolgung gewisser Regeln des Verhaltens.

Was sie dagegen von den andern Arten unterscheidet, ist der Rechtsnormen-Charakter der so geübten Regeln. Etwas anders ausgedrückt: Die Handlungen, in denen eine Rechtssitte zur Erscheinung kommt, zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf der Voraussetzung von Normen beruhen, die von den Handelnden als von Genossen gegenüber Genossen oder m. a. W. als Regel eines geordneten Gemeinschaftslebens einerseits in Anspruch genommen, anderseits als verpflichtend anerkannt werden.

Die Rechtssitte stellt sich mithin in erster Linie als Ausdruck und Bezeugung eines bereits bestehenden Rechts, d. h. einer bereits vorhandenen Rechts-Anerkennung dar. Aber sofern eine Gewohnheit oder Sitte, die an sich noch nicht Rechtsgewohnheit ist, zum Motiv für die Bildung oder doch Verbreitung einer bestimmten Rechtsnormen-Anerkennung werden kann, erscheint die Gewohnheit zugleich als Entstehungsform des Rechts.

1. Die Begriffsbestimmung der Rechtssitte ist für uns in der Hauptsache gegeben durch unsere Erörterungen in § 1, Nr. 20 (Bd. I, S. 68—70).

Wir sind dort ausgegangen von der bereits früher (Kritik I, S. 150) von mir aufgestellten Definition: „Sitte“ ist „die gleich-

mässige Befolgung und darum auch natürlichste vollständigste Geltungsbewährung aller möglichen Arten von Regeln für das menschliche Handeln". Aber ich habe auch schon dort hinzugefügt, dass die hieraus sich ergebende Verwendung des Wortes „Sitte" auf das individuelle Eigenleben in dem allgemeinen Sprachgebrauche keine rechte Stütze finde. Ich habe daher auch nichts dagegen einzuwenden, wenn man den Begriff der Sitte ausdrücklich auf solche Regeln beschränken will, die innerhalb einer Mehrzahl von Menschen gleichmässig beobachtet werden; zumal für die Betrachtung der Rechtssitte im Grunde doch bloss die Gemeinschaftssitte als nächsthöherer Gattungsbegriff in Frage kommen kann.

Noch notwendiger ist vielleicht eine zweite kleine Modifikation unserer früheren Begriffsbestimmung, bestehend in der Betonung einer andauernden Befolgung. Zwar habe ich diese Eigenschaft der Sitte stillschweigend bereits bei jener älteren Definition vorausgesetzt; allein ich verkenne nicht, dass der Ausdruck „gleichmässige Befolgung" nicht notwendig einen Hinweis auf eine längere Zeit der Befolgung in sich schliesst und dass doch ein solcher Hinweis mit dem Begriffe der Sitte zweifellos gefordert erscheint.

Von selbst versteht sich endlich, dass die Kennzeichnung der Sitte als „natürlichste vollständigste Geltungsbewährung" der fraglichen Regeln nicht sowohl ein neues Merkmal des Begriffs neben dem Merkmal der andauernden gleichmässigen Befolgung, als vielmehr nur eine unmittelbare Konsequenz der gleichmässigen Befolgung zum Ausdruck bringt. In der Sache selbst wird jedoch mit der Auslassung dieser Worte so wenig etwas geändert, wie mit den vorhergehenden Zugeständnissen.

Und darum enthält auch die ganze, an den Eingang des gegenwärtigen Paragraphen gestellte Definition der Rechtssitte der Sache nach nichts anderes, als was ich schon in Bd. I, S. 70 über das Wesen der Rechtssitte als einer besonderen Art der Sitte neben allen andern Arten bemerkt habe. Nach wie vor erblicke ich hiernach das Gemeinsame der Rechtssitte mit allen andern Arten von Sitte darin, dass sie sich als (andauernde) gleichmässige Übung oder Befolgung (und darum zugleich beste Geltungs-

bewährung) bestimmter anerkannter Normen oder Regeln charakterisiert. „Wo ein auch noch so gleichmässiges Thun oder m. a. W. eine noch so zweifellose Gewohnheit nicht als Ausdruck irgendwelcher von den also Handelnden anerkannten Regel angesehen werden kann, da ist nicht nur von keiner Rechtssitte, sondern überhaupt nicht von wahrer Sitte zu reden. Anderseits erscheint es an sich gleichgültig, ob die wirklich im Handeln anerkannte Regel eine mehr oder minder inhaltlich scharf bestimmte, desgleichen ob die vorauszusetzende Anerkennung derselben eine klar bewusste oder nur mehr oder weniger gefühlsmässige ist. Der Unterschied der Rechtssitte von jeder andern Art der Sitte kann mithin nur in dem liegen, was wir als das Besondere der Rechtsnormen im Gegensatz zu andern Normenarten nachgewiesen haben: in der Anerkennung der betreffenden Normen als Gemeinschaftsnormen von Genossen gegen Genossen. Dass dieses unterscheidende Merkmal bisweilen schwer nachzuweisen ist, ja dass nicht bloss wegen mangelnden Beweises, sondern auch aus innern Gründen, indem das gedachte Merkmal nacheinander bei denselben Normen bald vorhanden sein, bald wieder fehlen kann, die Grenze zwischen Rechtssitten und andern Sitten öfters eine fliessende ist, leugne ich selbstverständlich nicht."

Eine ganz andere Frage ist es, ob nicht die vorausgeschickte Begriffsbestimmung der Rechtssitte, sowohl in Bezug auf das, was sie von andern Sitten scheidet, als in Betreff dessen, was sie mit jenen gemeinsam hat, noch einer weiteren Erläuterung und Ausführung fähig und bedürftig ist. Ich stehe natürlich nicht an, diese Frage zu bejahen. Vor allem wird näher zu untersuchen sein: Wie muss eine Handlung beschaffen sein, um als Übung oder Befolgung einer Rechtsnorm sich darzustellen? Zum zweiten: Was gehört zu einer gleichmässigen und insbesondere zu einer andauernden gleichmässigen Befolgung? Zum dritten endlich werden wir zu prüfen haben: Welche Bedeutung für die Rechtsbildung kommt demzufolge der Rechtssitte zu? Ist sie in erster Linie Bezeugung bereits geltenden Rechts oder vielmehr Entstehungsform des Rechts?

2. Wir haben in unserer Begriffsbestimmung der Rechtssitte mit voller Absichtlichkeit „Übung" und „Befolgung" von Rechts-

normen in alternativer Form — gleichsam zur Auswahl für den Leser — nebeneinander gestellt: es sollte schon hierdurch angedeutet werden, dass nach unserer eigenen Auffassung keines dieser beiden Worte völlig zutreffend das zum Ausdruck bringt, was wir damit eigentlich ausdrücken möchten. Das Wort „Übung" ist an und für sich ziemlich vag und unbestimmt. Aus der Wortverbindung „Übung von Rechtsnormen" kann man daher im günstigsten Falle nur so viel entnehmen, dass dabei an Handlungen zu denken ist, die eine Anerkennung dieser Rechtsnormen in sich schliessen; von welcher Art aber diese Anerkennung ist, erhellt daraus in keiner Weise. Umgekehrt pflegt man mit dem Ausdrucke „Befolgung von Rechtsnormen" meist einen engeren Sinn zu verbinden, als ich im gegenwärtigen Falle damit verbunden sehen möchte. Man braucht ihn in der Regel nur für die Beobachtung der Rechtsnormen seitens der durch sie Verpflichteten, während ich hierbei im vorliegenden Falle an alle möglichen Handlungen denke, durch welche den fraglichen Rechtsnormen irgendwie Folge gegeben wird, also neben der Erfüllung der daraus sich ergebenden Pflichten auch an die Geltendmachung der entsprechenden Rechtsansprüche und an den Abschluss von Rechtsgeschäften auf Grund jener Normen. Ob dieser letztere Gebrauch des Wortes sprachlich zu rechtfertigen ist, will ich dahingestellt sein lassen; es genügt mir vollständig, wenn man nur den Zweck begreift, den ich damit verfolge: in einem ganz kurzen Ausdrucke unmittelbar auszusprechen, dass die Handlungen, in denen eine Rechtssitte besteht, zu den darin anerkannten Normen sich im Geiste des Handelnden verhalten müssen wie die Folgen zum Grunde, oder m. a. W., dass sie immer und überall beruhen auf der Voraussetzung, dass die fraglichen Normen für den Handelnden Geltung haben als Normen irgend einer Gemeinschaft, der er als Genosse angehört.

Mit dem letzten Satze knüpfen wir zugleich an Gedankengänge an, wie wir sie namentlich in § 22, Nr. 3 bei der Begründung unsers Rechtsgeschäftsbegriffs angesponnen haben. Es ist dort bereits darauf hingewiesen worden, dass die (direkte) Anerkennung der Rechtsnormen als Gemeinschaftsnormen von Genossen gegenüber Genossen, welche den letzten Grund der Geltung alles Rechts bildet,

in einer zwiefachen Weise sich vollziehen kann: nicht nur in der mehr oder minder bewussten Setzung oder Schöpfung von Normen für das Handeln der Gemeinschaftsgenossen, sondern auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung solcher Normen bei entsprechendem Handeln. Im ersteren Falle ist der Wille der Anerkennenden gerichtet auf die Rechtsnorm als Selbstzweck; die Norm wird gewollt als etwas Neues, vor der Setzung nicht oder wenigstens nicht in der nunmehr gewollten Weise Vorhandenes. Und zwar trifft dies sowohl für den norm-gebenden Willen der Fordernden oder Berechtigten, wie für den normnehmenden Willen der durch die Norm zum Handeln berufenen Verpflichteten zu. (Vgl. Bd. I, § 9, Nr. 1—3, insbesondere S. 149, 152.) Im zweiten Falle dagegen richtet sich der Wille der Rechtsgenossen zwar auch darauf, dass die betreffenden Normen gelten sollen, aber zugleich geht er stets noch auf etwas mehr: auf Erfüllung, Geltendmachung, Anwendung derselben. Dem Anerkennenden fehlt hier das Bewusstsein, dass sein Wille an der Bildung der Rechtsnormen beteiligt sei; sie werden nicht gewollt als erst zukünftig geltende, sondern als schon bisher in Geltung bestehende, als im voraus gesetzte.[1])

[1]) Es ist vielleicht nicht ganz überflüssig zu bemerken, dass wir bei der vorliegenden Charakteristik der Rechtssitte — und entsprechend natürlich auch bei unseren weiteren Erörterungen über dieselbe — die blosse Desuetudo oder Entwöhnung im engeren und eigentlichen Sinne im allgemeinen ganz bei Seite gelassen haben. Zwar mag man darüber streiten, ob schon das blosse In-Vergessenheit-geraten einer Rechtsnorm und die längere Zeit fortgesetzte und ohne Reaktion gebliebene Nichtbeobachtung einer solchen als Desuetudo bezeichnet werden darf, oder ob nicht wenigstens zu einer rechtswirksamen Desuetudo als Grund der thatsächlichen Nichtbeobachtung auch die Voraussetzung gehört, dass die fragliche Norm nicht bezw. nicht mehr gelte. Und wenn man sich auf den letzteren Standpunkt stellt, der in der That den Vorzug verdienen möchte, so kann man dann wohl die erwähnte Voraussetzung der Nicht-Geltung als Grund der Nicht-Beobachtung mit der Voraussetzung und Anerkennung einer Rechtsnorm als Grund von deren Befolgung auf dieselbe Linie stellen. Allein als eine Art der Rechtssitte ist sie darum keineswegs zu bezeichnen; so wenig bei dem Einzelnen das allmähliche Aufgeben einer Gewohnheit für sich allein schon als Bildung einer neuen Gewohnheit betrachtet werden darf, so wenig die Rechtsentwöhnung zugleich als Rechtsgewohnheit. So wird es z. B. niemand einfallen, von der Thatsache, dass die

Verfolgen wir die hier abermals vorgeführten Gedankengänge, in Übereinstimmung mit unseren allgemeineren Ausführungen über „Sitte“, noch eine Strecke weiter, so ist zunächst klar: Rechtssetzung und Rechtssitte, sofern man beide auf dieselben Rechtsnormen bezogen denkt, schliessen sich notwendig aus. Als Thatbestand einer Rechtssitte können mithin immer bloss Rechtsbethätigungshandlungen in Betracht kommen, niemals Rechtssetzungshandlungen als solche. Denn darin liegt ja gerade das Wesen der Rechtssetzungshandlungen, dass ihr Zweck die Rechtssetzung, also die Schöpfung von bisher noch nicht in Geltung befindlichen oder doch noch nicht in dieser bestimmten Form existierenden Rechtsnormen ist; und ebendarum kann im Moment des Vollzugs einer solchen Handlung nimmermehr schon von einer Übung oder Befolgung, also auch nicht von einer Sitte oder Gewohnheit in Bezug auf die dadurch erst zu schaffende Norm die Rede sein.[2])

Bestimmungen des Tridentinums über Einberufung der Konzilien in regelmässigen Zwischenräumen durch Desuetudo ausser Übung gekommen sind, als von einer gegenwärtig geltenden Rechtsgewohnheit über die Berufung derselben zu reden..... Ganz anders steht natürlich die Sache, wenn an Stelle der aufgegebenen Rechtsnormen gleichzeitig die Anerkennung anderer Rechtsnormen getreten ist. Aber genauer betrachtet kommt dann überhaupt nicht der Fall der Entwöhnung im engeren Sinne, sondern eine neue positive Gewohnheitsrechtsbildung in Frage, durch welche die Geltung jener älteren Rechtsnormen als widersprechender ausgeschlossen wird.

²) Damit lehnen wir entschieden die sogen. Willenstheorie ab, wie sie sowohl von den römischen Juristen als von den Glossatoren aufgestellt worden ist, und auch in der Gegenwart noch zahlreiche, mehr oder minder bewusste Vertreter findet. „Denn wie auch im einzelnen diese Theorie nüanciert sein mag: unter allen Umständen muss sie als Erfordernis der Entstehung des Gewohnheitsrechts verlangen, dass die einzelnen Übungshandlungen, durch welche das Gewohnheitsrecht entstehen soll, seitens der Übenden in der Absicht vorgenommen werden, den geübten Satz für die Zukunft zum Rechtssatz zu machen....“ „Und das bleibt wahr, mag man nun an den Willen der Einzelnen oder an den Willen Aller oder an einen „„Volkswillen““ denken: der Wille (Absicht), dass ein Satz Recht werde, wird durch die Vorstellung, dass er bereits Recht sei, ausgeschlossen.“ Auch was sonst Zitelmann in seiner Abhandlung über Gewohnheitsrecht und Irrtum (Arch. f. civil. Praxis, Bd. 66, S. 364—374), welcher ich die zuletzt angeführten Sätze entlehne, über und gegen jene Willenstheorie ausgeführt hat, kann ich in der Hauptsache vollständig unterschreiben.

Gleichzeitig müssen wir freilich davor warnen, aus dem so betonten Gegensatze falsche Schlussfolgerungen zu ziehen. Zuvörderst schliesst dieser Gegensatz durchaus nicht aus, dass sich eine Rechtssitte ganz oder teilweise in Rechtshandlungen bewegt, die nach der einen Seite hin, ja — sofern man auf den Zweck sieht — in erster Linie Rechtssetzungshandlungen sind, aber doch zugleich Rechtsbethätigungshandlungen, mit Einem Worte: Rechtsgeschäfte. Denn bei näherer Betrachtung spielt hier eben nur ihre Eigenschaft als Rechtsbethätigungshandlung eine Rolle. Die durch ein Rechtsgeschäft gesetzten Normen gehen an sich die Rechtssitte nichts an; es wäre augenscheinlicher Nonsens, die Bestimmungen eines Vertrags, Testamentes oder Gesetzes im Augenblick der Setzung Rechtsgewohnheiten zu nennen. Wohl aber können die dabei vorausgesetzten, im Rechtsgeschäfte mitanerkannten und bethätigten superordinierten Rechtsnormen den Inhalt einer Rechtssitte bilden; sie werden dies sogar, wie ich sogleich hinzufügen will, in weitaus den meisten Fällen wirklich thun.

Es ist nämlich auch weiter zuzugeben, dass das in der Rechtssitte bethätigte Recht keineswegs immer „ungesetztes Recht" sein muss, sondern sehr häufig, zumal bei höher entwickeltem Rechtsleben, bereits „gesetztes Recht" ist. Hat doch im Grunde alles gesetzte Recht selbst die Tendenz, seine Normen, soweit sie nicht bloss auf einmalige Beobachtung oder auf eine sonstwie bestimmte kürzere Dauer berechnet sind, allmählich in Rechtssitte übergehen zu sehen; bleibt das letztere aus, so ist in Wahrheit der Zweck der Rechtssetzung mehr oder weniger verfehlt. Freilich mag man billig bezweifeln, ob es angemessen wäre, dieselben Rechtsnormen gleichzeitig als „gesetzte" und als „gewohnheitsrechtliche" zu bezeichnen. So unbedenklich wir bereits in § 6, Nr. 4 (Bd. I, S. 113) betont haben, dass die zunächst bloss indirekt anerkannten Rechtsnormen durch nachträgliche direkte Anerkennung zugleich zu Normen erster Ordnung werden können, dass auch solche Normen als Normen verschiedener Ordnung, also je nach Umständen das eine Mal von diesem, das andere Mal von jenem Gesichtspunkte aus beurteilt werden müssen, so sehr sind wir doch gewöhnt, bei dem Ausdrucke „Gewohnheitsrecht" an eine Art des Rechts zu denken, bei welcher die Erscheinungsform der Gewohnheit

oder Sitte eine durchaus charakteristische, ausschliessende Rolle spielt. Allein der Begriff des „Gewohnheitsrechts“ einerseits und der Begriff der „Rechtsgewohnheit“ oder „Rechtssitte“ anderseits sind zwar nahe verwandte, aber keineswegs identische, ja genauer betrachtet nicht einmal völlig korrelate Begriffe. Die Wortbildungen „Rechtsgewohnheit“ und „Rechtssitte“ bezeichnen an sich nicht eine Art des Rechts oder der Rechtsnormen, sondern nur eine Art der Gewohnheit oder Sitte. Und da der Unterschied dieser Art der Sitte von allen andern Arten von Sitte oder Gewohnheit wesentlich in der besonderen Natur des Objekts, nämlich in der Beziehung auf Normen besteht, die unserm Rechtsbegriffe nach als Rechtsnormen sich darstellen, so ist schlechterdings kein Grund ersichtlich, warum der Begriff der Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit nicht offen auch auf solche Rechtsnormen angewendet werden soll, die zwar zunächst bewusst „gesetzt“, z. B. in Gesetzen, Staatsverträgen, Statuten u. s. w. enthalten sind, aber im Laufe der Zeit auch diejenige direkte Anerkennung der Rechtsgenossen in Gestalt fortgesetzter gleichmässiger Bethätigung gefunden haben, welche überhaupt das Wesen aller Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit ausmacht.

Es handelt sich bei der Betonung der Thatsache, dass auch das „gesetzte Recht“ Gegenstand der Rechtssitte werden kann und wirklich zu allen Zeiten in ausgedehntestem Maasse geworden ist, nicht etwa bloss um unpraktische Begriffsjurisprudenz. Die bisherige Theorie hat diese Thatsache allerdings oft ignoriert; aber m. E. sehr mit Unrecht. Vor allem ist nur von der Erkenntnis dieser Thatsache aus ein richtiges Verständnis möglich für die Rechtsgeschichte von Völkern und Zeiten, in denen auch das gesetzte Recht noch nicht als „geschriebenes“ auftritt oder doch wenigstens eine weitere Verbreitung durch die Schrift ausgeschlossen erscheint. In Wahrheit wird hier der Fortbestand des gesetzten Rechts meist nur durch die Rechtssitte vermittelt und es ist daher in einer späteren Zeit, insofern nur die Frage zur Beantwortung steht, was dann noch als Recht gilt und wie dieses Recht aufzufassen ist, ganz gleichgültig, ob die Entstehung der Rechtssitte aus dem gesetzten Rechte heraus noch bekannt ist oder nicht. Aber auch für das Recht der Gegenwart ist die Hervorhebung der

gedachten Thatsache nicht bedeutungslos. Gerade die Form der Gewohnheitsrechtsbildung, genauer gesagt, der Fortbildung des Rechts durch die Sitte, die in unsern Tagen umfassender Gesetzgebungswerke die weitaus wichtigste, nahezu allein noch praktische geworden ist, — die Usual-Interpretation — hängt, bei Lichte besehen, vollständig in der Luft, wenn man sie nicht im Zusammenhange mit der die echten Gedanken des gesetzten Rechts verwirklichenden und erhaltenden Rechtssitte auffasst.[3])

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergiebt sich zugleich eine noch etwas allgemeinere Schlussfolgerung. Man begegnet bisweilen der Behauptung, dass die aller Rechtssitte wesentliche Voraussetzung bestimmter Rechtsnormen oder, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, die zur Rechtsgewohnheit notwendige „Rechtsüberzeugung" durchaus nicht etwa als eine bewusste Überzeugung oder Erkenntnis von dem Rechtscharakter der betreffenden Normen zu denken sei. Dagegen folgt aus unsern obigen Erörterungen, dass dieser Behauptung in solch absoluter Formulierung nicht zu-

---

[3]) Man wird vielleicht einhalten: der Ausdruck „Usual-Interpretation" deute darauf hin, dass hier die Rechtssitte unmittelbar an das gesetzte Recht, ohne Vermittelung durch eine dieses gesetzte Recht selbst bethätigende Rechtsgewohnheit, sich anschliesse. Allein genauer betrachtet liegt die Sache gerade umgekehrt. Eine Usual-Interpretation ist immer nur denkbar, wo das interpretierte Recht thatsächlich geübt wird, und zwar in der Voraussetzung, dass es zu Recht bestehe, dass auch insbesondere der interpretierte Rechtssatz als Ganzes gültige Rechtsnorm sei. Und darum bildet auch der so interpretierte Rechtssatz als Ganzes, nur in einer bestimmten Weise aufgefasst, den Gegenstand dieser Art von Rechtssitte, — ganz in derselben Weise, wie in andern Fällen ein ungesetzter Rechtssatz. Denn wenn dem nicht so wäre, wenn die Rechtssitte bloss insoweit als Rechtssitte bestände, als sie im Widerspruch mit der ursprünglichen Bedeutung des interpretierten Rechtssatzes steht, so hätte es überhaupt gar keinen Sinn, von einer Usual-Interpretation als einer bestimmten Form des Gewohnheitsrechts zu sprechen; der von ihr anerkannte Rechtssatz wäre vielmehr ein durchaus selbständiger, zufällig dem gesetzten Rechte entgegengesetzter. M. a. W.: Erkennt man überhaupt eine Usual-Interpretation an, so muss es an und für sich — allgemeinhin oder rein formell betrachtet — als für diesen Begriff unwesentlich erscheinen, ob diese von der Sitte angenommene Auslegung mit dem gesetzten Rechte selbst (d. h. mit der bei seiner Setzung vorhandenen Intention) im Einklang steht oder nicht. Damit ist aber auch die Thatsache, dass gesetztes Recht als Gegenstand der Rechtssitte erscheint, in ausgedehntestem Maasse zugestanden.

gestimmt werden kann. Gewiss, sofern es sich um die allererste Entstehung von Recht überhaupt handelt, würde es einfach lächerlich sein, eine der Bildung des Rechts bereits vorangehende Meinung darüber, was „Recht“ sei, also einen irgendwie bestimmten Begriff vom Rechte anzunehmen. Allein sofern wir an Menschen und Zeiten denken, denen der Begriff des Rechts, wenn auch in noch so verschiedener Auffassung, ein mehr oder weniger vertrauter geworden ist, da ist auch die Möglichkeit nicht zu bestreiten, dass die Handlungen, in welchen sich eine Rechtssitte kundgiebt oder auch erst entwickelt, mit der speziellen Überzeugung vorgenommen werden, dass die dabei vorausgesetzten und in ihnen bethätigten Normen Rechtscharakter haben, d. h. unter den allgemein angenommenen Begriff von Rechtsnormen fallen. Dass auch in solchen Fällen die „Rechtsüberzeugung“ nicht als eine bloss theoretische, als „ein blosses theoretisches Urteil darüber, was irgendwo als Recht gelte“, gedacht werden darf, dass vielmehr zur Rechtssitte stets eine „willenskräftige, thatsächlich das Handeln lenkende Überzeugung“, ein „persönliches Überzeugtsein vom Müssen oder Sollen einer Handlungsweise“ gehört,[4]) versteht sich nach unsern bisherigen Ausführungen von selbst; denn anders könnte überhaupt nicht von einer Voraussetzung der fraglichen Rechtsnormen als Grund einer Handlung, von einer Bethätigung durch die Handlung, von einem Wollen derselben als bereits geltender Rechtsnormen die Rede sein. Auch bedarf es kaum der Bemerkung, dass der Mangel eines bereits irgendwie bestimmten Rechtsbegriffs, wie er für das früheste Stadium aller Rechtsbildung das Naturgemässe ist, selbst heutzutage die Bildung einer Rechtsgewohnheit nicht unmöglich machen würde, falls die darin bethätigten Normen nur nach der thatsächlichen Auffassung der Handelnden so geartet sind, dass sie von unserm Rechtsbegriffe aus betrachtet als Rechtsnormen erscheinen. Wohl aber müssen wir sogleich hinzufügen, dass nicht bloss für die Gegenwart, sondern auch schon für die meisten früheren Geschichtsperioden es höchst unwahrscheinlich ist, dass sich die Bildung von

---

[4]) Dies ist mit Recht betont von Schuppe, Gewohnheitsrecht (Breslau 1890), S. 20 f.

Rechtsgewohnheiten ohne jede Beteiligung irgendwie bestimmter Vorstellungen vom Rechte vollzogen habe. Nur sind begreiflicherweise zwischen der vollbewussten Voraussetzung einer Norm als Rechtsnorm und dem blossen unklaren Gefühle, als Genosse gegenüber andern Genossen einer gewissen Gemeinschaft in bestimmter Weise handeln zu müssen oder zu sollen, sehr verschiedene Stufen des Rechtsbewusstseins denkbar. Und zwar gilt dies nicht bloss in Rücksicht auf verschiedene Rechtsnormen im Vergleich untereinander, sondern ganz ebenso auch in Beziehung auf ein und dieselbe Rechtsnorm; auch wo eine Rechtsnorm von den Einen mit mehr oder minder vollem Bewusstsein ihrer rechtlichen Eigenschaften als solcher, von den Andern nur mit einem mehr oder weniger minimalen Rechtsbewusstsein zur Grundlage ihrer Handlungen gemacht wird, erscheint sie von den ersteren nicht besser oder thatkräftiger befolgt oder geübt, als von den letzteren. Mit einem Worte: Art und Maass des Rechtsbewusstseins spielen im Begriff der Rechtssitte keine Rolle; es genügt jede Art und jedes Maass, das grösste wie das geringste, sofern nur die fragliche Norm der Sache nach von den Handelnden als Rechtsnorm vorausgesetzt und durch die Handlung bethätigt wird.

Hiermit ist zugleich unsere Stellung zu der Streitfrage gegeben, welche Bedeutung bei der Bildung von Gewohnheitsrecht dem Irrtume zuzusprechen ist. Von allen unsern bisherigen Erörterungen aus kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Zurückführung der bethätigten Rechtsvoraussetzung auf einen Irrtum gar kein Hindernis für die Annahme eines Gewohnheitsrechts darstellt. Noch mehr: der Begriff der Usual-Interpretation verliert ohne solche Annahme völlig seinen Sinn; denn wenn auch darunter nicht bloss die von dem wahren ursprünglichen Gedanken des auszulegenden Gesetzes oder Vertrags abweichende Interpretation fällt, sondern nicht minder auch die im Einklang damit befindliche, sofern sie nur wirklich zur „Gewohnheit“ geworden ist, so beruht doch der praktische Wert aller Usual-Interpretation gerade darauf, dass sie jede weitere Forschung darüber, was die ursprüngliche Bedeutung der fraglichen Rechtssätze gewesen sei, fortan überflüssig macht. Eine ganz andere Frage ist die, ob oder inwieweit einer derartigen Rechtsgewohnheit über den Kreis derer

hinaus, in welchen die darin bethätigte Rechtsvoraussetzung wirklich unmittelbar lebendig ist, insbesondere für die Richter und sonstigen Organe einer viel umfassenderen Rechtsgemeinschaft, wie vor allem des Staates, Geltung zukommt. Allein einerseits ist diese Frage nur zu beantworten als ein Teil der viel allgemeineren nach dem Geltungsbereiche und der bindenden Kraft der Rechtssitte, und kann daher erst in Verbindung mit letzterer ihre Erledigung finden. Anderseits ist die Beantwortung dieser Frage unter allen Umständen unerheblich für unsere gegenwärtige Untersuchung, will sagen für den Begriff der Rechtssitte. Sogar das ausdrückliche staatsgesetzliche Verbot einer bestimmten Rechtssitte schafft niemals unmittelbar die Rechtssitte als solche aus der Welt; sie fällt nur, wo und soweit jenes Verbot befolgt und demnach die Sitte wirklich nicht mehr geübt wird. M. a. W.: Wo und soweit solche staatlich verbotenen Normen als Gemeinschaftsnormen von Genossen gegenüber Genossen trotz des Verbots — sei es mit Kenntnis oder in Unkenntnis desselben — wie bisher so auch weiter anerkannt und bethätigt werden, da erscheinen zwar die Organe des Staates verpflichtet, sie nicht zu beachten oder gar mit Strafen zu verfolgen, aber innerhalb ihres thatsächlichen Herrschaftsbereichs sind sie dennoch Rechtssitte.[5])

[5]) Weitere Gründe für die Bedeutungslosigkeit des Irrtums bei der Gewohnheitsrechtsbildung siehe bei Zitelmann a. a. O., insbesondere S. 341 bis 354; Regelsberger, Pandekten I, S. 96f.; Gierke, deutsches Privatrecht I, S. 167f. und den dort Anm. 34 Angeführten. Allerdings ist zu beachten, dass von allen den Vorgenannten nicht oder doch nicht genügend unterschieden wird zwischen den beiden, wie im Texte bemerkt, wohl auseinander zu haltenden Fragen: zwischen der Bedeutung oder Bedeutungslosigkeit des Irrtums einerseits für die Bildung einer Rechtsgewohnheit an sich (dem Begriffe nach), anderseits für deren Wirksamkeit innerhalb eines bestimmten Rechtsgebiets. Da jedoch die vorgebrachten Gründe jedenfalls beweisen, dass in umfassenden Gebieten Gewohnheitsrecht, welches unserer heutigen Kenntnis nach zweifellos auf Irrtum beruhte, Jahrhunderte lang in ebenso zweifelloser Geltung — auch für die Gerichte und sonstigen Organe des Staates — sich befunden hat, so wird dadurch zum mindesten das bestätigt, was hier uns zunächst allein interessiert: dass irrtumslose Übung keinesfalls eine Bedingung alles Gewohnheitsrechts, also auch schlechterdings nicht ein wesentliches Merkmal des Begriffs der Rechtssitte sein kann.

Ganz ähnlich müssen wir über das Erfordernis der „Rationabilität“ urteilen. Innerhalb des thatsächlichen Herrschaftsbereichs einer bestimmten Rechtssitte spielt dasselbe schlechterdings keine Rolle; sofern die gewohnheitsmässig geübten Normen in bewusster Voraussetzung derselben als Rechtsnormen oder doch in (der Sache nach) gleicher Voraussetzung geübt sind, ist die Sitte auch Rechtssitte, mag sie im übrigen rationabel oder irrationabel sein. Die Frage dagegen, welche Beachtung eine Rechtssitte über den Kreis der sie thatsächlich mit Rechtsbewusstsein Übenden hinaus, insbesondere wiederum vor den Gerichten des Staates verdient, je nachdem sie als rationabel oder irrationabel anzusehen ist, gehört nicht hierher, sondern erst in die im nächsten Paragraphen anzustellende Untersuchung über „Geltungsbereich und bindende Kraft der Rechtssitte“.

3. Wir kommen zu dem zweiten in Nr. 1 a. E. als erläuterungsbedürftig berührten Punkte: Die Befolgung oder Übung der vorausgesetzten Rechtsnormen muss eine gleichmässige und längere Zeit andauernde sein, um von einer Rechtssitte reden zu können.

Zuvörderst überhaupt eine gleichmässige. Das heisst selbstverständlich nicht, dass die einzelnen in Frage kommenden Rechtsbethätigungshandlungen völlig gleicher Art sein müssten. Im Gegenteil; die der Rechtssitte charakteristische Gleichmässigkeit liegt vielmehr darin, dass die vorausgesetzten Rechtsnormen in verschiedenen Arten von Rechtsbethätigungshandlungen dieselbe Befolgung finden. Wo beispielsweise bloss Rechtsanspruchshandlungen sich nachweisen lassen, in denen eine bestimmte Rechtsnorm vorausgesetzt und geltend gemacht wird, dagegen gar keine entsprechenden Erfüllungshandlungen, da ist sicherlich der Bestand einer Rechtssitte nicht nachzuweisen. Dasselbe ist zu behaupten, wenn bloss der Abschluss von Rechtsgeschäften einer gewissen Art — oder, richtiger gesagt, der Abschluss von Geschäften, die nach der Auffassung der Parteien als Rechtsgeschäfte erscheinen, — aber gar nichts über die spätere Beobachtung der darin enthaltenen Rechtssetzungen und ebendarum auch gar nichts über die weitere Beobachtung der hierbei vorausgesetzten superordinierten Rechtsnormen bekannt ist. Etwas günstiger liegt die Sache, wo aus-

schliesslich Rechtserfüllungshandlungen vorliegen, wenigstens sofern darin zugleich ein Hinweis auf einen schon hervorgetretenen oder zu erwartenden Rechtsanspruch enthalten ist; fehlt es an dem letzteren Hinweise, so würde auch hier kaum der Zweifel zu beseitigen sein, ob die vorausgesetzten, durch die Handlung erfüllten Normen wirklich — der Sache nach — als Rechtsnormen gewollt sind. Sogar gerichtliche Urteile, sofern sie ausschliesslich oder, richtiger gesagt, bloss in Verbindung mit den zu ihrer Herbeiführung notwendigen Rechtsanspruchshandlungen für eine bestimmte Rechtsnorm Zeugnis ablegen, können immer bloss einen Gerichtsbrauch, d. h. eine Sitte oder Gewohnheit im Gebiete der richterlichen Thätigkeit begründen; einen Beweis für eine das Rechtsleben selbst, das ihren Gegenstand bildet, beherrschende Sitte, liefern sie immer nur im Zusammenhange mit noch anderen unmittelbaren Rechtsbethätigungshandlungen.[6]) Wo endlich eine ganze

---

[6]) Ja, man kann sogar behaupten, dass übereinstimmende gerichtliche Entscheidungen, wie sie für sich allein auftreten und nicht zugleich von andern übereinstimmenden Bethätigungshandlungen in der fraglichen Richtung Zeugnis ablegen, das gerade Gegenteil von Rechtssitte, nämlich das fortgesetzte Vorhandensein von Streit über die der Entscheidung zu Grunde gelegten Rechtsnormen beweisen. Und zwar gilt dies selbst für prozessualische Rechtsnormen, die hauptsächlich oder ausschliesslich von den Gerichten zu beobachten sind. Wo bloss Entscheidungen höherer Gerichte über angefochtene Prozessrechtshandlungen von niederen vorliegen, da beweisen sie für sich allein wiederum nur — sofern es sich nicht um eine schuldbare Rechtsverletzung handelt — das Vorhandensein von Streit über die Existenz oder den Inhalt der in Frage befangenen Prozessrechtsnormen. Das Vorhandensein einer Rechtssitte bezüglich der letzteren kann immer nur durch gleichzeitige Aufzeigung entsprechender, unter sich übereinstimmender Erfüllungshandlungen seitens der zur Anwendung der fraglichen Prozessnormen berufenen niederen Gerichte nachgewiesen werden. Liegen dagegen umgekehrt bloss Entscheidungen von Gerichten über die Anwendung von Rechtsnormen vor, die sie selbst zu beobachten berufen sind, so ist freilich aus der Übereinstimmung einer grösseren Zahl solcher Entscheidungen für sich allein schon unter Umständen eine Rechtssitte herauszulesen; aber genauer betrachtet ist dies dann nur darum möglich, weil es eben nicht blosse Entscheidungen, sondern vor allem Erfüllungshandlungen in Bezug auf die betreffenden Rechtsnormen sind... Eine ganz andere, nicht hierher gehörige Frage ist die, ob oder inwieweit aus positivrechtlichen Gründen innerhalb des Gewohnheitsrechts oder neben demselben ein sogen. Juristenrecht anzunehmen ist. Vgl. hierüber unten § 28, Nr. 6 a. E.

Gruppe von Rechtsbethätigungshandlungen im offenbaren Widerspruch steht mit andern Arten von Rechtsbethätigungshandlungen, da spricht dies geradezu gegen die Annahme einer wahren Rechtssitte.

Mit dem letzten Satze ist an sich noch nicht darüber entschieden, welche Bedeutung einzelnen einer Rechtssitte widersprechenden Handlungen, genauer gesagt, einzelnen Handlungen, die sich als vollständige Nichtachtung der in der Rechtssitte befolgten Rechtsnormen darstellen, zugesprochen werden muss. Ich stehe indessen nicht an, zu behaupten, dass die Gleichmässigkeit der Übung so sehr zum Begriff der Sitte überhaupt und darum auch notwendig zu dem der Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit gehört, dass innerhalb des Bereichs einer Rechtssitte als solcher keine derartigen Ausnahmen zugestanden werden können. Die bisherige Jurisprudenz hat anders geurteilt, sie huldigt — mindestens dem Anscheine nach — schlechtweg dem Grundsatze: „Gleichförmigkeit ist nicht Ausnahmslosigkeit. Es genügt, dass die Wagschale der Anwendungsfälle erheblich tiefer steht, als die andere.“[7]) Allein bei näherer Betrachtung erscheinen hier wieder zwei verschiedene schon in Nr. 2 berührte Fragen miteinander vermischt. Die erste Frage ist: Wie weit reicht der begriffsmässige Herrschaftsbereich einer Rechtssitte als Sitte? Auf diese Frage, die uns vorläufig ausschliesslich interessiert, müssen wir antworten: Der begriffsmässige Herrschaftsbereich einer Sitte und darum auch der Rechtssitte als Sitte kann niemals weiter reichen, als ihr thatsächlicher augenblicklicher Bestand. Wo sie nicht thatsächlich geübt oder doch stillschweigend anerkannt wird, da herrscht sie auch nicht als Sitte; die gedachten einzelnen widersprechenden Rechtshandlungen beweisen geradezu, dass die Herrschaft der Sitte als solcher auf die von widersprechenden Grundsätzen aus Handelnden sich nicht — noch nicht oder nicht mehr — erstreckt.[8])

---

[7]) So in knappster und klarster Form Regelsberger, Pandekten I, S. 95, der aber hiermit im Grunde nichts anders vertritt, als die allgemein herrschende Überzeugung.

[8]) Man beachte, dass wir hier, wie schon oben, Handlungen im Auge haben, die wirklich im vollen Widerspruch mit der Rechtssitte stehen, sei es, weil der Handelnde diese überhaupt nicht kennt, sei es, weil er die den Inhalt

Daneben aber erhebt sich nun allerdings die zweite Frage: Giebt es nicht eine Geltung der Rechtssitte oder, richtiger gesagt, des in der Rechtssitte geübten Rechts, die über den thatsächlichen Herrschaftsbereich der Sitte selbst hinausreicht, indem sie einerseits auch Personen ergreift, welche bisher die Sitte thatsächlich nicht geübt haben, anderseits die thatsächlich Übenden zu fortgesetzter Übung trotz etwaiger persönlicher Abneigung verpflichtet? Und offenbar ist es gerade diese Frage, welche den praktischen Juristen, insbesondere den Richter oder Rechtsanwalt lebhaft beschäftigen muss. Jedoch so entschieden wir mit der herrschenden Lehre überzeugt sind, dass diese Frage zu bejahen ist, so gewiss kann die Bejahung sich nicht gründen auf den blossen Thatbestand, in welchem irgend eine Rechtssitte besteht, sondern immer nur auf eine Vermutung, dass die thatsächlich geübte Sitte Ausdruck einer noch allgemeineren Rechtsanerkennung ist, oder auf die thatsächlich weiter sich erstreckende, gleichzeitige Anerkennung eines superordinierten Rechtsgrundsatzes, dass den in einer Rechtssitte bethätigten Rechtsnormen eine solche räumlich und zeitlich weiter reichende Geltung zukommen solle oder müsse.[9])

Wie übrigens die Forderung der Gleichmässigkeit der Übung schon aus dem allgemeinen Begriffe der Sitte und Gewohnheit — ganz

---

der Rechtssitte bildenden Normen nicht bezw. nicht mehr anerkennen will. Von Zuwiderhandlungen, die nach der Auffassung des Handelnden selbst blosse Ausnahmehandlungen darstellen, also die Rechtssitte an sich nicht beeinträchtigen und insbesondere keine Nicht-Anerkennung der in ihr bethätigten Rechtsnormen ausdrücken sollen, ist gänzlich abzusehen. Wir kommen später noch hierauf zurück.

[9]) Mit der Hervorhebung der letzterwähnten Möglichkeit schliessen wir uns keineswegs denen an, die für alles Gewohnheitsrecht eine Approbation des Gesetzgebers fordern. Jener superordinierte Rechtsgrundsatz kann freilich seine Sanktion auch in einem Gesetze finden. Aber ebensogut kann derselbe auf unmittelbarer Anerkennung der Gemeinschaftsgenossen, namentlich wiederum auf einer durch allgemeine Rechtssitte bethätigten beruhen. Und was nicht minder wichtig ist: Auch schon die Rechtssitte an sich, mit der wir uns hier zunächst ausschliesslich befassen, ist zweifellos Ausdruck und Bethätigung eines wirklich geltenden Rechts, wenngleich immer nur da, wo sie thatsächlich sich als Sitte bewährt und so lange sie dies thut. Weiteres hierüber siehe unter § 28.

abgesehen von der hier uns allein interessierenden Rechtssitte — folgt, so auch die Forderung, dass diese gleichmässige Übung in den verschiedenen Formen der Rechtsbethätigung von längerer Dauer sein müsse. Eine wesentlich gleichzeitige, wenn auch noch so allgemeine Bethätigung gewisser Normen ist noch niemals Sitte und darum auch nicht Rechtssitte. Wohl mag durch eine nahezu momentane allseitige Anerkennung sofort Recht entstehen, wie wir dies im fünften Abschnitt näher betrachten werden; eine Rechtssitte jedoch liegt darin niemals, sondern immer erst dann vor, wenn die zuerst momentane Anerkennung nachher durch fortgesetzte Übung eine längere Zeit hindurch bethätigt worden ist.

Bezüglich des Maasses der Dauer ist wiederum zu unterscheiden. Sehen wir rein auf den Begriff der Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit an sich, so kann das Maass der notwendigen Dauer nur ein relativ bestimmtes sein. Ob die Bethätigung einer gewissen Regel zur Gewohnheit oder Lebenssitte geworden ist, muss hauptsächlich aus der Empfindung der Handelnden selbst heraus entschieden werden. Nur wo mindestens die der verhältnismässig jüngsten Zeit angehörenden Bethätigungshandlungen mit dem Gefühl vorgenommen sind, dass die vorausgesetzten Rechtsnormen längst geltende oder hergebrachte seien, können sie mit den früheren zusammen als Träger einer Rechtssitte angesehen werden. Soweit es sich dagegen um eine Geltung der Rechtsgewohnheit kraft superordinierter Rechtsgrundsätze handelt, da erscheinen natürlich die letzteren auch für die Frage nach der erforderlichen Dauer der Übung als maassgebend.

4. Die Ausführungen in Nr. 2 und 3 bergen in sich bereits teilweise die Antwort auf unsere dritte Frage (Nr. 1 a. E.): Welche Bedeutung kommt der Rechtssitte für die Rechtsbildung zu? Ist sie in erster Linie Bezeugung bereits geltenden Rechts oder vielmehr Entstehungsform des Rechts?

Dass jede Rechtssitte, soweit sie diesen Titel wirklich verdient, d. h. die vorher dargelegten Eigenschaften in sich vereinigt, Bezeugung eines bereits geltenden Rechts ist, wird der Sache nach kaum von jemand geleugnet werden. Bei Rechtssitten, die sich auf ursprünglich gesetztes Recht gründen, versteht sich dies sogar für die Anfänge ihrer Bildung von selbst; bei anderen

Rechtsgewohnheiten ist es wenigstens vom Zeitpunkte der Vollendung an nicht zu bestreiten. Indem wir jedoch in unsere obige Frage die Worte einschoben: „in erster Linie“, haben wir unsererseits von vornherein zugestanden, dass die Rechtssitte auch als Entstehungsform des Rechts angesehen werden darf. Nur darum kann es sich also handeln, inwieweit und in welchem Sinne dies zulässig und ob ihre Bedeutung nach dieser Richtung hin so hervorragend ist, dass solche über die andere gestellt werden kann.

Offenbar nicht Entstehungsform des Rechts ist die Rechtssitte da, wo sie als blosse Bethätigung des gesetzten Rechts erscheint. Ich betone die Worte: „blosse Bethätigung“. Wo sich eine Usual-Interpretation im Widerspruch mit dem ursprünglichen Sinne der ausgelegten Rechtsnormen gebildet hat, da liegt die Sache schon etwas anders. Zwar hört auch eine die auszulegenden Rechtsnormen umbildende Rechtssitte darum nicht auf, Zeugnis abzulegen, was in dem von ihr beherrschten Kreise als gesetztes Recht gilt und in welcher Weise dieses Recht daselbst lebendig ist. Aber gleichzeitig lässt sich nicht leugnen, dass die so entstandene Rechtsgewohnheit oder richtiger deren allmähliche Herausbildung, soweit hierdurch wirklich neues Recht produziert wird, ganz ebenso gut als „Entstehungsform“ dieses Rechts bezeichnet werden kann, wie irgendwelche andere, in voller Unabhängigkeit vom gesetzten Rechte sich vollziehende Bildung von Rechtsgewohnheiten.

Genauer betrachtet ist freilich hiermit nichts weiter gesagt, als was schon aus dem Ausdruck „Gewohnheitsrecht“ mit Notwendigkeit folgt: nämlich dass die in einer Rechtssitte vorausgesetzten und bethätigten Normen immer bloss durch die Sitte oder Gewohnheit haben zu Gewohnheitsrecht werden können. Wenn viele andere weiter gehen und meinen, dass der Gewohnheit selber Recht erzeugende Kraft innewohne und dass demgemäss ohne Gewohnheit oder verfassungsmässige, auf Grund schon bestehenden Rechts erfolgende Rechtssetzung überhaupt kein Recht entstehen könne, so ist dem aus doppeltem Grunde zu widersprechen. Fürs erste ist schon hier auf jene ausserordentlichen Formen der Rechtsbildung hinzuweisen, wie sie in der Bildung völlig neuer, wesentlich selbständiger Rechtsgemeinschaften, insbesondere Staaten und

Kirchen, sowie in der sofortigen Anerkennung revolutionärer Rechtssetzungen uns entgegentreten. Wir werden später sehen, dass man zahlreiche Thatsachen geradezu ignorieren muss, wenn man in den hierher gehörigen Fällen das Recht erst als infolge einer Gewohnheitsrechtsbildung entstanden ansehen will. Zum zweiten aber — und das ist hier besonders hervorzuheben — kann auch bei der Gewohnheitsrechtsbildung als wahrhaft Recht erzeugendes Moment niemals die Gewohnheit als solche angesehen werden, sondern immer nur die in der Gewohnheit sich bethätigende Rechtsanerkennung, d. h. die Anerkennung der fraglichen Normen als Normen des Gemeinschaftslebens von Genossen gegenüber Genossen. Wo eine Gewohnheit sich nicht als Bethätigung einer solchen Rechtsanerkennung darstellt, da liegt überhaupt keine Rechtssitte, sondern eine Sitte oder Gewohnheit anderer Art vor. Und wo das Gegenteil zutrifft, da ist es eben die wirklich vorhandene Rechtsanerkennung, welche die Sitte zur Rechtssitte macht und nicht die Gewohnheit oder Sitte als solche.

Ein Zugeständnis müssen wir allerdings machen: Die Gewohnheit ist nicht selten mittelbar an der Rechtserzeugung selbst beteiligt, sofern sie ein wichtiges Vehikel für die Verbreitung und Befestigung der Rechtsanerkennung, unter Umständen sogar das Motiv zur ersten Bildung derselben darstellt. Es mag genügen, in dieser Hinsicht an einige unbestreitbare Thatsachen zu erinnern. Zuvörderst an die Macht der Gewohnheit auf denjenigen, der sie selbst herausgebildet, d. h. sich in einer bestimmten Weise gewöhnt hat. Wenn uns die Psychologie lehrt, dass eine grosse Zahl derjenigen körperlichen Bewegungen, die wir im allgemeinen als reine Reflexbewegungen anzusehen pflegen, aus ursprünglich mit mehr oder weniger Bewusstsein gewollten Bewegungshandlungen hervorgegangen oder m. a. W. ausschliesslich durch die fortgesetzte Wiederholung seit frühester Kindheit zu Reflexbewegungen geworden sind, so kann es nicht Wunder nehmen, dass auch die öftere Wiederholung von solchen Handlungen, die aus irgendwelchen wirtschaftlichen oder ethischen, ästhetischen oder religiösen Grundsätzen heraus vorgenommen werden, mit einer gewissen Naturnotwendigkeit zu einer

Befestigung des Handelnden in jenen Grundsätzen führt. Genau in derselben Weise nun vermag auch die Wiederholung von Handlungen, in denen eine gewisse Rechtsnorm zur Bethätigung gelangt, zur Befestigung des Handelnden in der Anerkennung dieser Norm als Rechtsnorm beizutragen. Ja, die Erfahrung beweist, dass sogar da, wo anfänglich eine Handlung mit dem Bewusstsein vorgenommen ist, dass die damit zur Geltung gebrachte Norm sicherlich noch nicht geltendes Recht sei, die fortgesetzte Wiederholung der Handlung für sich allein schon den also Handelnden mehr und mehr zu der Meinung zu verführen vermag, so handeln zu müssen oder zu sollen. In den Fällen der letzteren Art erscheint mithin die Gewöhnung sogar als Grundlage oder Motiv der Rechtsanerkennung.[10]) Kaum minder bedeutsam ist aber auch die Macht der Gewohnheit oder Sitte auf Andere. Wohl besteht in dieser Beziehung ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen den verschiedenen Lebensaltern sowohl der Einzelnen als der Völker. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei Menschen, die sich mehr oder weniger noch im Kindheitsalter, also in einem Stadium der Entwickelung befinden, wo die geistige Thätigkeit überwiegend eine rezeptive ist, die Einwirkung fremden Handelns besonders stark sich geltend macht. Allein ganz abgesehen davon, dass mindestens die weitere Fortführung einer auch nur angebahnten Sitte regelmässig vermittelt wird durch die Heranziehung der Jugend zu deren Beobachtung, erscheint auch selbst

---

[10]) Hierin liegt nicht etwa ein Widerspruch zu dem oben aufgestellten Satze: „Wo eine Gewohnheit sich nicht als Bethätigung einer Rechtsanerkennung darstellt, da liegt überhaupt keine Rechtssitte, sondern nur eine Sitte oder Gewohnheit anderer Art vor.“ Freilich kann nicht ein und dieselbe Gewohnheit für dieselben Personen und zu ein und derselben Zeit Motiv der erst sich bildenden und Bethätigung schon vorhandener Rechtsanerkennung sein. Aber daraus folgt eben nur, dass in jenem Stadium vor der fertig gewordenen Rechtsanerkennung die Gewohnheit oder Sitte, soweit eine solche wirklich bereits vorliegt, noch nicht als Rechtssitte betrachtet werden kann, sondern immer nur als eine Gewohnheit anderer Art, die erst infolge der dadurch hervorgerufenen Anerkennung der geübten Normen als Rechtsnormen zur Rechtssitte wird. Vgl. die oben in Nr. 1 citierten Bemerkungen aus Bd. I, S. 70.

noch bei Erwachsenen die Macht des vorbildlichen Handelns — des guten wie des schlechten — als eine ausserordentlich weitreichende. Wie dies erklärt werden mag, — ob aus einem angeborenen Nachahmungstriebe oder aus blosser Bequemlichkeit und bisweilen sogar Unfähigkeit zu selbständigem Denken und Handeln, — können wir ruhig dahingestellt sein lassen; die Thatsache selbst lässt sich schwerlich bestreiten, dass nicht bloss die Wertschätzung bestimmter Normen an sich oder um deswillen, was sie leisten, sondern öfters auch die Wertschätzung der einfachen Erfahrung von einem Denken und Handeln Anderer zu gleichem Wollen und Thun anzuregen vermag und zwar um so mehr, je grösser die Zahl der so Handelnden wird. Soweit demnach eine Rechtssitte auf solche Weise fortgepflanzt und weiter verbreitet wird, natürlich immer vorausgesetzt, dass auf diese Art auch die Anerkennung der zu Grunde liegenden Rechtsnormen entsprechend ausgedehnten Eingang gefunden hat, soweit muss in der That die Macht der Gewohnheit als an der Ausbildung oder doch Fortbildung des Rechts als solchen beteiligt angesehen werden.

Unsere Ansicht steht nach alledem ungefähr in der Mitte zwischen der Lehre Puchta's und der seiner Gegner. Wir stimmen mit Puchta darin überein, dass wir die Möglichkeit einer Rechtsbildung erster Ordnung auch schon vor der sich etwa anschliessenden Gewohnheit oder Sitte behaupten. Wir geben ihm nicht minder Recht darin, dass er auch im Gewohnheitsrecht die Gewohnheit nicht als das eigentlich konstituierende Moment der rechtlichen Geltung betrachtet. Aber wir geben zugleich im Gegensatz zu Puchta ausdrücklich zu, dass die Begriffe „Gewohnheitsrecht“, „Rechtsgewohnheit“, „Rechtssitte“ — wie schon die Wortbildungen andeuten — nicht denkbar sind ohne das Merkmal der Gewohnheit oder Sitte: hängt auch daran nicht die Geltung des Rechts als solchen, so doch ihr Charakter als Gewohnheitsrecht oder als Rechtssitte. Und weiter haben wir offen zugestanden, dass die Rechtsanerkennung selbst, die uns nach wie vor als das Wesen aller Rechtsgeltung erscheint, unter Umständen aus einem gewohnheitsmässig gewordenen Handeln hervorgehen oder doch durch dieses befestigt und verbreitet werden kann.

Kehren wir jetzt zurück zu der Frage, die wir an den Eingang unserer letzten Betrachtungen gestellt haben, so dürfen wir nun wohl, ohne Missverständnisse fürchten zu müssen, deren Resultat nochmals kurz dahin zusammenfassen: Die Rechtsgewohnheit oder Rechtssitte ist in erster Linie und in weitestem Umfange Ausdruck und Bezeugung bereits geltenden, d. h. in der Anerkennung lebendiger Menschen existierenden Rechts; als Entstehungsform des Rechts erscheint sie nur, wo und soweit eine Gewohnheit, die als solche noch nicht Rechtsgewohnheit ist, zum Motiv für die Bildung oder Verbreitung einer bestimmten Rechtsanerkennung wird.

§ 28.

Die rechtliche Geltung oder bindende Kraft einer Rechtssitte erstreckt sich an und für sich — räumlich wie zeitlich — immer nur soweit, als die in ihr zur Bethätigung gelangende Rechtsanerkennung reicht. Sofern jedoch diese Rechtsanerkennung selbst eine zwiefache, eine direkte oder eine bloss indirekte sein kann, kommt für das in der Rechtssitte bethätigte Recht auch eine zwiefache Art der Geltung in Betracht.

Kraft direkter Anerkennung gilt es, wo oder soweit die Rechtssitte die betreffenden Rechtsnormen unmittelbar bethätigt oder doch zugleich auf die wirkliche Rechtsanerkennung solcher, die nicht als thatsächlich Übende auftreten, schliessen lässt.

Kraft indirekter Anerkennung dagegen gelten — auch über den Kreis der direkt Anerkennenden hinaus — alle diejenigen durch Gewohnheit bethätigten Normen, die den Forderungen irgendwelcher (innerhalb eines gewissen Gebiets anerkannter) superordinierter Rechtsnormen über Rechtsgewohnheiten entsprechen. Welche Forderungen dies sind, muss natürlich aus dem besonderen Inhalt der fraglichen superordinierten Rechtsnormen entnommen werden.

1. Die rechtliche Geltung oder bindende Kraft einer Rechtssitte erstreckt sich — räumlich wie zeitlich — an und für sich immer nur soweit, als die in ihr zur Bethätigung gelangende Rechtsanerkennung reicht.

Diese Erkenntnis folgt für uns unmittelbar aus dem Begriffe der „rechtlichen Geltung", wie wir ihn in § 3, Nr. 15 (Bd. I, S. 47f.) auseinandergelegt haben.

„Wenn wir einer Norm überhaupt Geltung zuschreiben, so setzen wir damit notwendig voraus, dass im gedachten Falle auch lebendige Menschen da sind, in deren Geiste diese Normen gelten. Hiermit ist aber sofort weiter vorausgesetzt, dass diese lebendigen Menschen die betreffenden Normen, falls nicht geradezu selbst aufgestellt, so doch mindestens sich angeeignet haben und fortan an ihnen als an einem dauernden geistigen Besitztume festhalten, mit Einem Worte sie anerkennen in dem zwiefachen in § 3, Nr. 11 (Bd. I, S. 42) dargelegten Sinne."

„Es kann ferner keinem Zweifel unterliegen, dass eine Geltung als Rechtsnormen immer nur denjenigen Normen zukommt, die in dem in § 3, Nr. 12 (Bd. I, S. 43f.) dargelegten Sinne als Regel des Zusammenlebens gelten innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen."

„Und erscheint hiernach alle rechtliche Geltung als eine räumlich und zeitlich bedingte, ganz wie dies in § 3, Nr. 13 (Bd. I, S. 44f.) bezüglich der Rechtsanerkennung ausgeführt worden ist, so dürfte anderseits auch darüber wesentliche Übereinstimmung herrschen, dass nur bei solchen Normen von einer Geltung als Rechtsnormen die Rede sein kann, aus welchen sich irgendwie Rechtsansprüche für den einen Teil, Rechtspflichten für den andern Teil der zu dem betreffenden Menschenkreise Gehörigen ergeben, oder m. a. W. nur bei solchen Normen, welche sich darstellen als Inhalt von Rechtsverhältnissen zwischen Genossen und Genossen."

Eine andere Frage ist es freilich, ob das in den vorstehenden Sätzen als zweifellos Vorausgesetzte, so überzeugt ich auch noch heute von dessen Richtigkeit bin, wirklich bereits als allgemeiner zugestanden angesehen werden darf, oder ob ich mich nicht in dieser Beziehung bei ihrer Aufstellung einer zu optimistischen Stimmung hingegeben habe. Und darum glaube ich nicht darauf verzichten zu dürfen, hier nochmals — und zwar noch von einer andern Seite her — näher auf diese Dinge einzugehen, um damit zugleich die oben gezogene Schlussfolgerung zu rechtfertigen.

2. Der Begriff der rechtlichen Geltung ist in neuerer Zeit mehrfach, namentlich von Zitelmann und Rümelin,[1]) einer eingehenderen Prüfung unterzogen worden. Da ich es unterlassen habe, diese Ausführungen schon in § 3 zu berücksichtigen, so wird es um so mehr angezeigt sein, das Versäumte jetzt nachzuholen. Um indessen die gegenwärtige Untersuchung nicht zu sehr anschwellen zu lassen, werde ich hauptsächlich nur an die Erörterungen des Letztgenannten anknüpfen.[2])

Rümelin geht aus von verschiedenen mehr oder weniger klaren Bedeutungen, die der Sprachgebrauch mit dem Ausdruck „rechtliche Geltung" verbindet, und hebt dann aus diesen speziell zwei hervor: einmal die Vorstellung, „dass die Richter — oder neben diesen auch andere Personen — thatsächlich gewillt sind, einen Rechtssatz zur Anwendung zu bringen"; anderseits den Gedanken, „dass die Richter — und im Anschluss an sie auch die übrigen Staatsangehörigen — verpflichtet seien, den betreffenden Satz in Anwendung zu bringen". „Es wird wohl" — bemerkt er schliesslich — „auf keinen Widerspruch stossen, wenn ich behaupte, dass eine weitere reale Grundlage des Geltungsbegriffs nicht gefunden werden kann, dass mithin durch die beiden Annahmen,

---

[1]) Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, a. a. O. (Arch. f. civ. Praxis, Bd. 66) S. 446 ff.; Rümelin, das Gewohnheitsrecht, in Ihering's Jahrbüchern Bd. 27, S. 155 ff.

[2]) Auch was Zitelmann neuerdings in seinem „Internationalen Privatrecht" gelegentlich in Bezug auf den Begriff der Geltung ausgeführt hat, bietet mir keinen Anlass zu weiteren Auseinandersetzungen an dieser Stelle. Dagegen will ich nicht unterlassen, mein Bedauern auszusprechen, dass es mir nicht mehr möglich gewesen ist, das soeben genannte, jedenfalls höchst beachtenswerte Werk bei einigen andern Erörterungen zu berücksichtigen. Ähnliches gilt für die Abhandlung Knitschky's über „Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch" (im Archiv f. öff. Recht, Bd. XIII, S. 161 ff.), bei deren Erscheinen der Druck des vorliegenden Bandes bereits begonnen hatte. Was indessen Knitschky daselbst S. 168—176 speziell gegen meine im I. Teile zur Kritik der juristischen Grundbegriffe entwickelten Ansichten ausgeführt hat, dürfte in der Hauptsache schon durch meine späteren, von ihm nicht berücksichtigten Untersuchungen (Kritik II, S. 351 ff. und im I. Bande des gegenwärtigen Werkes) sich erledigen. Einige der wichtigsten Punkte sind auch in der folgenden Darstellung zur nochmaligen, zum Teil noch eingehenderen Erörterung gekommen.

Willensrichtung und Verpflichtung, die vorhandenen Möglichkeiten der Präzisierung des Begriffs erschöpft sind."

Wir acceptieren hiervon natürlich gern die Beschränkung der Untersuchung auf die beiden als allein möglich bezeichneten „realen Grundlagen" des Geltungsbegriffs. Wir dürfen sogar zugeben, dass sich die Unterscheidung zwischen „Willensrichtung" und „Verpflichtung" mit unserer Unterscheidung von direkter und indirekter Anerkennung, auf die wir alsbald zurückkommen werden, in gewisser Weise berührt.[3]) Aber identisch sind beide Unterscheidungen keineswegs; und vollends so, wie Rümelin jene beiden „realen Grundlagen" des Geltungsbegriffs sich konstruiert hat, vermag ich sie ihm nicht nachzudenken. Schon die eigentümliche Bevorzugung, die dabei dem richterlichen Willen und der richterlichen Verpflichtung zu teil geworden ist, wo neben dem Willen und der Verpflichtung anderer Staatsgenossen im Grunde bloss eine Statistenrolle zufällt, erscheint mir bedenklich. Noch viel tiefer jedoch scheidet mich von Rümelin's Auffassung der Umstand, dass ich mir eine Willensrichtung auf Anwendung von Rechtssätzen, die solche damit als geltende charakterisieren und trotzdem jedes Gefühls der Verpflichtung baar sein könnte, ebensowenig vorzustellen vermag, wie eine rechtliche Verpflichtung, die auf gar keine Unterwerfung des eigenen Willens zurückzuführen wäre.

Sollte es wirklich Richter geben, die „thatsächlich gewillt sind, einen Rechtssatz zur Anwendung zu bringen", ohne doch

---

[3]) In noch höherem Maasse lässt sich dies vielleicht behaupten in Bezug auf die von uns in § 3, Nr. 18 (Bd. I, S. 63), Anm. 10 gemachte Unterscheidung zwischen der wirklichen, thatsächlichen Geltung gewisser Normen und einer ihnen zugeschriebenen Allgemeingültigkeit in dem Sinne, dass „selbige der Intention, die wir bei ihnen voraussetzen, oder dem Ursprunge nach, auf den wir sie zurückführen, allgemeine Geltung finden dürfen oder müssen". Allein diese letztere Unterscheidung ist von uns ausschliesslich gemacht für Moralnormen oder, was nach unserer a. a. O. dargelegten Auffassung der Moral dasselbe besagt, für religiös-sittliche Normen, speziell für die sittlichen Normen des Christentums; von einer rechtlichen „Allgemeingültigkeit" kann — sowohl nach unserer, wie nach der herrschenden Anschauung — überhaupt nicht, von einer rechtlichen „Geltung" nur da die Rede sein, wo diese Geltung eine „wirkliche", „thatsächliche" und demgemäss das „Recht" ein „positives" ist.

irgendwie als dazu verpflichtet sich zu erachten? Liegt nicht vielmehr schon in der blossen Annahme einer solchen Möglichkeit ein Widerspruch? Wenn ein Richter sich überhaupt verpflichtet weiss, das Recht anzuwenden, — und das dürfen wir doch wohl bei jedem Richter vermuten, — so kann er auch einen Rechtssatz gar nicht als auf den gegebenen Fall anwendbar denken, ohne zugleich sich selbst zur Anwendung verpflichtet zu denken. Wo dagegen ein Richter ausnahmsweise wirklich gewillt wäre, seinem Urteile als Rechtssatz einen Satz zu Grunde zu legen, den er in Wahrheit nicht glaubt anwenden zu sollen, oder m. a. W. einen Satz, den er selbst nicht für einen Rechtssatz hält, da ginge sein Wille auf eine offenbare Rechtsbeugung; und ebendarum wird in solchem Falle kein Mensch von wahrer Rechtsanwendung, geschweige denn von rechtlicher Geltung der so angewandten oder, richtiger gesagt, willkürlich aufgestellten Normen reden.

Schwerer mag noch immer Vielen die Erkenntnis fallen, dass umgekehrt auch keine Verpflichtung denkbar ist, die sich nicht irgendwie auf eine Unterwerfung des eigenen Willens oder m. a. W. auf die Anerkennung einer Pflicht zurückführen liesse. Die Vorstellung der Pflicht wird uns bereits in einem Alter und überdies regelmässig in einer Form nahe gebracht, die es sehr leicht begreifen lassen, dass dem sie Annehmenden die Mitwirkung des eigenen Geistes, die Unterwerfung des Willens unter die verpflichtenden Normen, meist gar nicht zum Bewusstsein kommt. Allein thatsächlich vorhanden ist die letztere darum nicht minder; wo sie wirklich gänzlich unterbleibt, wo es mithin zu gar keiner Pflichtanerkennung kommt, da besteht auch in Wahrheit keine Verpflichtung. Dies gilt sogar von religiösen Pflichten (vgl. § 3, Nr. 17, Bd. I, S. 56f.);[4]) aber erst recht muss es behauptet werden für rechtliche Verpflichtungen. Da es völlig unbestreitbar ist, dass

---

[4]) Wesentlich dasselbe besagt auch die bekannte Äusserung des Apostels Paulus im Römerbriefe 2, 12ff. Wohl werden darin auch die Heiden als vor Gott schuldig erklärt; aber ausdrücklich nicht auf Grund des „göttlichen Gesetzes“ im Sinne der Juden, das sie nicht haben, sondern allein auf Grund des in ihren Herzen geschriebenen Gesetzes, von welchem ihr Gewissen und die untereinander sich verklagenden oder entschuldigenden Gedanken Zeugnis ablegen.

als rechtliche Verpflichtung im Sinne des positiven Rechts innerhalb der verschiedenen menschlichen Gemeinschaften, die je ihr besonderes positives Recht besitzen, gänzlich Verschiedenes, ja geradezu Entgegengesetztes uns entgegentritt, so verbietet sich von vornherein jeder Versuch, irgend eine rechtliche Verpflichtung auf eine einzige allgemeine Idee des Rechts oder der Rechtspflicht zurückzuführen. Ganz davon zu schweigen, dass auch eine solche allgemeine Idee immer nur soweit und so lange als Grund einer wirksamen Verpflichtung und damit einer wahren „Geltung“ erachtet werden könnte, soweit und so lange sie selbst in den Gemeinschaftsgenossen wirksam wäre.

In Wahrheit hat dies auch Rümelin stillschweigend zugestanden, indem er zwar ausdrücklich die verpflichtende Kraft des Gewohnheitsrechts auf die Anerkennung des Staates als einer sittlich verpflichtenden Ordnung zurückführt, aber doch gleichzeitig hinzufügt, dass die letztere Voraussetzung keiner weiteren Begründung bedürfe, da es „auf juristischem Gebiet sich nicht verlohne, mit dem zu streiten, der den sittlichen Wert und damit die verpflichtende Kraft der gegenwärtig vorhandenen staatlichen Ordnung nicht anerkenne“. Gewiss hat er Recht, dass sich dergleichen „auf juristischem Gebiet nicht verlohnt“; aber nur darum verlohnt es sich nicht, weil überall da, wo staatliche Ordnung wirklich besteht, sie stets besteht und nur besteht zufolge der Anerkennung der sie konstituierenden Rechtsnormen oder Gemeinschaftsnormen seitens der thatsächlichen Staatsgenossen und weil neben dieser rechtlichen Anerkennung eine weitere Anerkennung als sittliche Ordnung für das juristische Gebiet nicht wesentlich ist. Nur darum kann er auch behaupten, dass seiner weiteren Darstellung selbst der sich „anschliessen könne, der eine verpflichtende sittliche Ordnung überhaupt nicht anerkenne, sofern er nur der staatlichen Ordnung aus anderen Gründen, z. B. aus Zweckmässigkeitsrücksichten, Wert beilege“. Für das juristische Gebiet ist das Motiv der Anerkennung, auf welcher eine rechtliche Ordnung beruht, in der That bloss etwas Nebensächliches; es kann gelegentlich von Wichtigkeit sein für die Auslegung gewisser Rechtsnormen, es kann auch von Bedeutung sein für die Festigkeit der Anerkennung, aber die Hauptsache bleibt die ein-

fache Thatsache der Anerkennung als verpflichtende Rechtsnorm, gleichviel aus welchem Grunde. Wo diese Hauptthatsache vorhanden, da ist hiermit der rechtliche Bestand und die verpflichtende Kraft der betreffenden Ordnung ausser Frage; wo sie dagegen nicht zu konstatieren, wo beispielsweise einer staatlichen Gewalt wirklich die Anerkennung — nicht bloss in einzelnen Fällen der Gehorsam, trotz Anerkennung im allgemeinen — versagt oder m. a. W. diese staatliche Gewalt ihrer Wirksamkeit auf die Gemüter der bisherigen Staatsgenossen beraubt wird, da ist ebenso zweifellos keine rechtliche Verpflichtung, wie überhaupt keine Verpflichtung mehr vorhanden, die noch als „geltende" prädiziert werden könnte.

Und damit sind wir abermals bei der Erkenntnis angelangt, die wir bereits wiederholt ausgesprochen und zuletzt oben in Nr. 1 rekapituliert haben: Es giebt nur eine rechtliche Geltung in den Geistern lebendiger Menschen und zwar, genauer gesagt, immer nur in den Geistern derer, die in einem Verhältnis des Zusammenlebens untereinander stehen, dessen Inhalt gerade die für sie als Genossen geltenden, d. h. von ihnen als Genossen dieser Gemeinschaft anerkannten (einerseits als Recht angesprochenen, anderseits als Rechtspflicht zugestandenen) Normen bilden. Wenn dem aber so ist, so bleibt es auch völlig unerfindlich, warum es da, wo die wesentlichen Erfordernisse solcher rechtlichen Geltung in der Gestalt unmittelbarer rechtlicher Anerkennung vorliegen, wie dies bei einer Rechtssitte, soweit dieselbe thatsächlich reicht, gar nicht zweifelhaft sein kann, zur Begründung der Geltung oder Verpflichtung noch einer Bezugnahme auf die Sanktion der Rechtsgewohnheit durch die „staatliche Ordnung" bedürfen soll. Nur das ist freilich zuzugeben, dass diese rechtliche Geltung nie weiter reicht, als die thatsächliche Anerkennung, die der fraglichen Rechtssitte zu Grunde liegt, — dass die Geltung also aufhört, wo diese Anerkennung noch gar nicht oder wirklich nicht mehr besteht. Und hiermit kommen wir allerdings an einen Punkt, wo die Berufung auf die „staatliche Ordnung" oder, richtiger gesagt, auf irgendwelche anerkannte, einem besonderen Gewohnheitsrechte superordinierte allgemeinere Rechtsnormen von Bedeutung werden kann.

3. Wir müssen hier zu allen unseren bisherigen Erörterungen ein offenes Zugeständnis hinzufügen, das der Sache nach zwar in unseren früheren Ausführungen — über direkte und indirekte Anerkennung — schon mitenthalten, aber vielleicht doch noch nicht deutlich genug ausgesprochen war: Der zwiefachen Art der Rechtsanerkennung entspricht eine zwiefache Geltungsweise des Rechts, insbesondere auch des Gewohnheitsrechts. Kraft direkter Anerkennung gilt es, soweit und so lange die Rechtsanerkennung durch die Sitte unmittelbar bethätigt und bezeugt wird. Kraft indirekter Anerkennung dagegen, auch über den räumlichen und zeitlichen Umfang der thatsächlichen direkten Anerkennung hinaus, gelten — ganz analog den rechtsgeschäftlichen Normen — alle die Gewohnheitsrechtsnormen, deren Beobachtung von irgendwelchen zweifellos anerkannten superordinierten Rechtsnormen gefordert wird.

Nur die erstere Art der Geltung, die wir als ursprüngliche oder originäre Geltung bezeichnen können, ist unmittelbar und notwendig durch den Begriff der Rechtssitte selbst gegeben, wie wir solchen im § 27 klargelegt haben. Nur die unmittelbare, mehr oder weniger bewusste Anerkennung bestimmter Rechtsnormen, die das Wesen dieser originären Geltung ausmacht, ist identisch mit jenem Wollen oder, genauer, Voraussetzen bestimmter Rechtsnormen, ohne welches eine Rechtssitte schlechthin undenkbar ist. Hiermit ist natürlich nicht gesagt, dass die originäre Geltung einer gewohnheitsrechtlichen Norm immer bloss soweit reiche, wie die thatsächliche äussere Übung der Rechtsgewohnheit. Nein, sie reicht soweit, als die wirkliche unmittelbare Rechtsanerkennung reicht; sie erstreckt sich also auch auf solche, die jene Norm noch nicht oder seit längerer Zeit nicht mehr geübt haben, aber doch in gleicher Weise von dem Gefühl der Gebundenheit beherrscht sind, wie die thatsächlich Übenden. Ja, sie besteht sogar noch für denjenigen, welcher die betreffende Norm übertritt, aber doch zugleich das Bewusstsein oder Gefühl nicht los wird, rechts- oder pflichtwidrig gehandelt zu haben; denn auch eine solche Regung des Gewissens wider das eigene Handeln ist noch eine, sogar recht bedeutsame direkte Rechtsanerkennung. Aber so gewiss aus der eigenen Rechtsanerkennung die Pflicht

zur Beobachtung der anerkannten Rechtsnorm folgt, so gewiss ist diese Pflicht niemals abzuleiten aus der blossen Rechtsanerkennung Anderer. Wohl kann die Rechtsanerkennung Anderer dem Nichtanerkennenden fühlbar gemacht werden durch eine gegen ihn sich richtende Bethätigung der von jenen anderen anerkannten Normen. Wohl mag dadurch auch der Nichtanerkennende öfters bewogen werden, seinen eigenen Willen zu beugen und fortan ebenfalls oder von neuem anzuerkennen. Eine wahre Verpflichtung jedoch ist aus solchen blossen Möglichkeiten nicht zu begründen; sie folgt immer erst aus der wirklich eingetretenen eigenen Rechtsanerkennung.

Auf der anderen Seite braucht diese eigene Rechtsanerkennung nicht notwendig stets eine direkte Anerkennung zu sein. Auch die indirekte Anerkennung ist noch eigene Anerkennung, sofern sie mit logischer Notwendigkeit hervorgeht aus einer solchen, nämlich aus der direkten eigenen Anerkennung einer Rechtsnorm, welche die Anerkennung und Beobachtung der in Frage befangenen besonderen Normen oder auch nur die Beobachtung von Normen jener besonderen Art fordert. Und damit sind wir bei der zweiten Art der Geltung angelangt, von der wir bereits oben gesprochen. Freilich ist diese letztere Geltung — im Gegensatz zu der vorher erörterten originären — bloss eine abgeleitete, d. h. auf der Geltung anderer allgemeinerer Rechtsnormen beruhende. Allein daraus ist nicht etwa zu folgern, dass sie eine schwächere, weniger durchgreifende sein müsste. Im Gegenteil, wir werden sehen, dass die abgeleitete Geltung nicht bloss regelmässig ein ausgedehnteres Gebiet umfasst, sondern häufig auch viel grössere Dauerhaftigkeit zeigt, als manche originäre Geltung, wenigstens wo letztere nicht überdies durch eine abgeleitete Geltung unterstützt wird. Es ist sogar im ganzen gleichgültig, ob diejenigen Rechtsnormen, welche die Grundlage für die Geltung anderer bilden, ihrerseits ebenfalls bloss einer abgeleiteten Geltung sich erfreuen oder als direkt anerkannte erscheinen.

Mit dem letzten Satze ist zugegeben, dass die abgeleitete Geltung, die allen durch Staatsgesetz sanktionierten Rechtsnormen zukommt, auch den in einer Rechtssitte bethätigten Normen zu teil werden kann. Ich gehe noch weiter: ich gebe zu, dass auch

für die gewohnheitsrechtlichen Normen eine derartige staatsgesetzliche Sanktion unter allen Umständen von grosser Bedeutung ist. Insofern erkenne ich in der Theorie Rümelin's, wie überhaupt in der Gründung des Gewohnheitsrechts auf den Willen der Staatsgewalt ein Stück Wahrheit. Aber genau betrachtet ist es doch nur ein recht kleines Stück, umhüllt mit einem dreifachen schweren Irrtume. Fürs erste unterschätzen die Anhänger jener Lehre den rechtlichen Charakter, der jeder Rechtssitte schon an sich innewohnt, wie wir solchen bereits wiederholt dargelegt haben. Zum zweiten ignorieren sie die Thatsache, dass auch die staatsgesetzlichen Normen selbst ihre Geltung im tiefsten Grunde nur einer ähnlichen direkten Rechtsanerkennung verdanken, wie sie an sich jeder Rechtssitte zu Grunde liegt. Zum dritten endlich übersehen sie, dass jene allgemeineren, superordinierten Normen, wie sie ein Staatsgesetz für das Gewohnheitsrecht oder, richtiger gesagt, über dessen Beobachtung aufstellen kann, ebensowohl auch durch die Rechtssitte selbst (auf dem in § 27, Nr. 4 bezeichneten Wege) in Geltung kommen können.

4. Doch machen wir uns zunächst selbst einige naheliegende Einwürfe. Was nützt die Berufung auf irgendwelche superordinierte Rechtsnormen, wenn doch auch deren Geltung schliesslich zurückgeführt werden muss auf eine direkte Rechtsanerkennung? Unterliegt nicht demnach die Geltung der superordinierten Rechtsnormen denselben Beschränkungen und Wandelungen, wie überhaupt jede direkte Rechtsanerkennung? Und was kann uns dann hindern, solchen superordinierten Rechtsnormen ebensogut die Anerkennung zu versagen, wie irgend einer besonderen Rechtssitte, für welche keine superordinierte Rechtsnorm, sondern ausschliesslich ihre eigene originäre Geltung angerufen werden kann?

Auf den ersten Anblick mögen solche Bedenken als recht gewichtig erscheinen; bei näherer Betrachtung erledigen sie sich sehr einfach.

Zuvörderst ist die Möglichkeit, sich von einer Rechtsnorm, die man einmal anerkennt, wirklich vollständig loszusagen, — auch wenn es eine mehr oder weniger spezielle und durchaus nur direkt anerkannte ist, — nicht als eine allzu leichte zu denken. Es ist meistens schon nicht gar so leicht, einen einmal gefassten Ent-

schluss zu einer einzigen konkreten Handlung wieder aufzugeben; noch viel weniger, eine einmal angenommene Regel für die fortgesetzte Lebensführung. Worauf dies beruht, ob auf Bequemlichkeit oder Trägheit, ob auf einem angeborenen oder anerzogenen Drange nach Folgerichtigkeit im Denken und Thun, ob auf dem besonderen Werte des anerkannten Grundsatzes, — das wird je nach Lage des Falls sehr verschieden zu beantworten sein. Aber bereits die vorstehenden Beispiele zeigen, dass es eine ganze Reihe von Mächten in unserm Innern giebt, die in dieser Richtung wirksam sind. Für die Anerkennung von Rechtsnormen aber lässt sich dies noch in erhöhtem Maasse behaupten; denn zu allen etwa sonst vorhandenen Antrieben gegen das Aufgeben der Anerkennung tritt hier noch ein sehr erheblicher hinzu, sofern hier die Lossagung von der bisher anerkannten Norm stets zugleich — mit logischer Notwendigkeit — einen Verzicht auf die Rechtsgemeinschaft, wenigstens soweit sie durch die fragliche Norm bestimmt ist, und damit zugleich die Gefahr in sich schliesst, dass die bisherigen Rechtsgenossen den Zurücktretenden überhaupt nicht mehr als Genossen anerkennen oder umgekehrt durch Gewaltmassregeln oder Auferlegung von Rechtsnachteilen zur Wiederanerkennung zu nötigen suchen.[5])

All die vorher angedeuteten Schwierigkeiten und Hindernisse nun steigern sich offenbar in ganz ausserordentlicher Weise, je allgemeiner und an sich wertvoller der Inhalt der anerkannten Rechtsnormen, je grösser und bedeutsamer die durch sie zusammengehaltene Rechtsgemeinschaft ist. Je allgemeiner eine Norm lautet, um so mannigfaltiger muss sowohl ihre Verwendung auf die verschiedenen Lebensverhältnisse, als ihre Beziehung zu anderen Normen sein, und um so mehr wird auch derjenige, dem ihre Geltung nach der einen oder anderen Richtung hin unbequem erscheint, sich der Erkenntnis nicht zu verschliessen vermögen, dass ihm selbst die Norm — mit Rücksicht auf irgendwelche andere Bedürfnisse — doch unentbehrlich

[5]) Eine völlig analoge Beobachtung lässt sich für die Anerkennung völkerrechtlicher Normen seitens der zur Völkerrechtsgemeinschaft gehörigen Staaten machen. Vgl. Holtzendorff, Handbuch des Völkerrechts, Bd. I, S. 86 f.

ist. Schon aus diesem Gesichtspunkte heraus kommt Rechtsnormen, die aus religiösen oder moralischen Motiven entsprungen sind, in der Regel eine grössere Dauerhaftigkeit zu, als solchen, die bloss mehr oder minder wechselnden Bedürfnissen des Lebens ihre Entstehung verdanken. Aber auch abgesehen hiervon leugne ich natürlich nicht, dass der unvergleichlich höhere innere Wert von Normen, die ihre Wurzel im religiösen Glauben oder — was nach unseren früheren Ausführungen (§ 3, Nr. 18) wesentlich dasselbe besagt — in der sittlichen Anschauung eines gewissen Gemeinschaftskreises haben, gerade diesen Normen eine ganz besondere Festigkeit verleihen muss. Nur ist dabei nicht zu übersehen, dass niemals ihr Wert an sich oder der Wert, den wir von unseren religiös-sittlichen Anschauungen aus jenen Normen zuschreiben, eine derartige Wirkung zu üben vermag, sondern immer bloss der Wert, den die jene Normen Anerkennenden selbst an ihnen und ihrer Grundlage zu schätzen wissen. Auch die erhabenste Glaubens- und Sittenlehre kann keine sichere Basis für die Geltung der auf sie gegründeten Rechtsnormen abgeben, wo sie selbst noch nicht festen Fuss gefasst hat. Und kaum minder gewiss ist es, dass auch eine gesunde Glaubens- und Moralanschauung, wie sie Jahrhunderte lang ein Volk beherrscht hat, in Zeiten des Verfalls in den Hintergrund treten kann gegen völlig andere geistige Strömungen, und dass in solchen Zeiten die Erhaltung der bestehenden Rechtsanerkennung, soweit sie überhaupt stattfindet, durch ganz andere Arten der Wertschätzung gefördert wird, als durch die mehr und mehr dahingeschwundene Wertschätzung der früheren Grundlage. Vor allem wird auch hier das Moment sich noch als wirksam erweisen, das wir vorher überhaupt als ein für alle Rechtsnormen wichtiges hervorgehoben haben: die Gefahr, mit der Lossagung von einer einzigen Rechtsnorm die bisherige Stellung in der Rechtsgemeinschaft überhaupt ganz oder teilweise zu verlieren. Denn auch diese Gefahr wächst naturgemäss in dem Grade, als der Inhalt der fraglichen Rechtsnorm ein allgemeinerer und die Wertschätzung seitens der Rechtsgemeinschaft eine höhere wird.

Endlich kommt auch die Grösse und Bedeutsamkeit der Rechtsgemeinschaft in Betracht, zu deren Rechte die fragliche Rechtsnorm gehört. Damit soll nicht geleugnet werden, dass die

Vergrösserung des Umfangs und die fortgesetzte Steigerung der Aufgaben unter Umständen die rechte Erfüllung der Gemeinschaftszwecke hindern und auch sonst der Erstarkung partikularistischer Neigungen in gewissen Kreisen der Gemeinschaft förderlich sein kann. Allein abgesehen hiervon — und namentlich für den einzelnen Genossen als solchen — trägt jene zwiefache Eigenschaft ganz erheblich dazu bei, die einmal bestehende Rechtsanerkennung zu stärken. Es kann z. B. keinem Zweifel unterliegen, dass die Ausdehnung der katholischen Kirche über die ganze Erde, verbunden mit der von ihr in Anspruch genommenen Einzigartigkeit, für die Erhaltung ihres einmal vorhandenen Rechtsbestandes augenscheinliche Vorteile darbietet, welche unsere evangelischen Kirchen in ihrer Zersplitterung in eine Fülle kleinerer, rechtlich selbständiger Kirchenwesen durchaus entbehren.[6]) Einen ähnlichen Vorteil haben grosse Staaten vor den kleinen, hoch entwickelte vor solchen mit geringer Kultur voraus; im Vergleiche mit anderen Rechtsgemeinschaften aber kommt dem Staate vor allem die ganz eigentümliche und hervorragende Rolle zu Gute, die seine Rechtsordnung im Leben jedes einzelnen Genossen spielt. Man vermag schliesslich gar nicht in einem Staate zu leben, ohne dessen Rechtsordnung auch für sich in Anspruch zu nehmen, d. h. anzuerkennen; wer daher nur eine einzige nach der Verfassung dieses Staates gültige Rechtsvorschrift nicht anerkennen will, muss dem ganzen Staate den Krieg erklären oder denselben verlassen, wenn er nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten will.[7])

---

[6]) Ob diese grössere Festigkeit der Rechtsordnung auch für die Erfüllung der eigentlichen Hauptaufgabe der Kirche, für deren religiösen Beruf wertvoll ist, mag man allerdings billig bezweifeln; vielleicht steht beides sogar im umgekehrten Verhältnisse zu einander.

[7]) Hierbei ist freilich zu beachten, dass die angeführten Hindernisse immer bloss so lange ein Aufgeben einzelner Rechtsnormen unmöglich machen, als der nicht-anerkennen-wollende Rechtsgenosse mehr oder weniger isoliert erscheint. Findet er für seine Versagung der Anerkennung in ausgedehnterem Maasse Beifall bei den andern Rechtsgenossen, so muss dies schliesslich zu einer Ausscheidung der betreffenden Normen aus dem Ganzen der anerkannten Gemeinschaftsnormen durch allgemeine Nicht-mehr-Anerkennung oder zu einer Erschütterung der gesamten Rechtsordnung führen. Anderseits jedoch ist auch schon das blosse Einnehmen einer derartigen Kampfesstellung gegenüber dem

Dass aus alledem nicht die absolute Festigkeit irgend einer Rechtsanerkennung gefolgert werden darf, geben wir offen zu. Aber gerade dies Zugeständnis steht durchaus im Einklang mit unserer sonstigen Anschauung der Sache. Wenn uns jemand eine Argumentation entgegenbrächte, nach welcher bestimmte Normen als überall und ewig gültige Rechtsnormen anzusehen wären, so müssten wir sie schon um dieser Konsequenz willen für unrichtig erachten; denn sie stände in offenbarem Widerspruche mit den Thatsachen der Völkerkunde und Geschichte. Die Geltung des Rechts ist eben wirklich immer und überall der Wandelung unterworfen. Es giebt keinen einzigen, auch noch so allgemeinen und noch so wertvollen Rechtssatz, der zu allen Zeiten und in allen Teilen der Menschheit in Geltung, d. h. positives Recht gewesen wäre. Insbesondere trifft dies auch für diejenigen Rechtsnormen zu, welche eine gewisse Art der Rechtssetzung sanktionieren oder m. a. W. allen in solcher Weise gesetzten Normen superordiniert sind. Bekanntlich ist selbst der Grundsatz, dass „Verträge verpflichten", durchaus nicht als ein allgemein geltender Rechtssatz zu bezeichnen. Das ältere römische und das ältere deutsche Recht kennen nur eine verbindliche Kraft ganz bestimmter Formal- und Realverträge, und es ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass auch da, wo der Grundsatz von der verpflichtenden Kraft der Verträge einmal wirklich in allgemeinster Fassung Rechtsgeltung erlangt hat, später — ja sogar nach Jahrhunderte langem Bestande — wieder in mehr oder weniger erheblicher Weise beschränkt wird. Gerade unsere jüngste Rechtsentwickelung bietet in dieser Beziehung die sprechendsten Belege in der erneuten Forderung bestimmter Vertragsformen als Bedingung der Gültigkeit. Noch viel weniger kann natürlich von einer rechtlichen Allgemeingültigkeit des Satzes die Rede sein, dass „Gesetze zu beobachten sind". Auf die Rechtsbildung zahlreicher Rechtsgemeinschaften findet der Begriff des Gesetzes überhaupt keine unmittelbare Anwendung. Wo dagegen der Begriff des Gesetzes wirklich als technischer

im Staate z. Z. herrschenden Rechte ebenso wie das Ausscheiden aus der Staatsgemeinschaft um so schwieriger, je stärker und grösser der zu bekämpfende oder zu verlassende Staat und je geringer überdies die Aussicht ist, in einen andern Staat als vollberechtigter Genosse einzutreten.

Begriff von einem bestimmten Inhalt auftritt, wie in dem Verfassungsrechte von Staaten und Kirchen, da bedeutet jener allgemeine Satz in Wahrheit für jedes dieser verschiedenen Gemeinwesen etwas anderes; oder besser gesagt, er ist bloss eine Abstraktion aus einer Fülle verschiedener Rechtsnormen, von denen jede einzelne dem besonderen Charakter des Gemeinwesens angepasst ist und immer dahin geht, dass ganz bestimmte Anordnungen bestimmter Subjekte oder Organe des Gemeinwesens von allen Rechtsgenossen anerkannt und eventuell beobachtet werden sollen. Und wer auch nur eine Ahnung von der Verfassungsgeschichte beispielsweise unseres neunzehnten Jahrhunderts hat, der weiss auch, was für Veränderungen derartige verfassungsrechtliche Normen — nicht selten sogar in recht kurzer Zeit — erfahren können.[8])

Machen wir die Anwendung speziell auf das Gewohnheitsrecht. Was wir oben über die Schwierigkeit bemerkt haben, sich von einer einmal angenommenen Regel der fortgesetzten Lebensführung loszusagen, zumal wo die Lossagung zugleich einen mindestens partiellen Verzicht auf die Stellung als Gemeinschaftsgenosse in sich schliesst, gilt in vollstem Maasse auch schon für jede einzelne Rechtssitte als solche oder, genauer gesagt, für die in ihr zum Ausdruck gelangte originäre Rechtsanerkennung. Desgleichen wächst auch hier die Schwierigkeit einer wirklichen Nichtanerkennung einesteils mit der grösseren Allgemeinheit und dem höheren Werte der durch die Rechtssitte geübten Normen, andernteils mit dem Umfange und der Bedeutung der Rechtsgemeinschaft, innerhalb deren die fragliche Norm thatsächliche Geltung erlangt hat. Gerade diese besonderen Steigerungsgründe treffen nun aber offenbar für Normen zu, in denen die Beobachtung aller

---

8) Es ist ja freilich auch möglich, den Ausdruck „Gesetz“ in einem viel weiteren Sinne zu nehmen, indem man darunter einfach jede einseitige Anordnung einer Gemeinschaftsgewalt versteht, welche verfassungsmässig die Rechtsgenossen bindet. Und dann ist der Satz, dass „Gesetze zu beobachten sind“, natürlich ganz unbestreitbar. Denn offenbar ist er nichts als ein tautologisches Urteil; die Pflicht zur Beobachtung steckt hier schon im Begriffe des Gesetzes selbst. Aber ebenso gewiss enthält dieser Satz keine Rechtsnorm. Denn er sagt schlechterdings gar nichts darüber aus, wessen und welche Anordnungen in dem angegebenen Sinne bindend sein sollen.

oder bestimmter Arten von Rechtsgewohnheiten gefordert wird. Eine solche Norm steht durchaus in einer Linie mit den vorher erwähnten mehr oder weniger allgemeinen Normen über die verbindliche Kraft von Verträgen oder Gesetzen. Wie die einzelnen subordinierten Verträge oder Gesetze zu den ihnen superordinierten Normen, so verhalten sich auch die einzelnen subordinierten Rechtsgewohnheiten zu der vorbemerkten superordinierten Rechtsnorm; es kommt ihnen also neben ihrer originären Geltung noch eine abgeleitete zu, die im Vergleich mit jener als umfassender und gesicherter erscheint, weil die superordinierte Rechtsnorm nicht nur selbst als allgemeiner und wertvoller erscheint wie die meisten den Inhalt der einzelnen Gewohnheiten bildenden Normen, sondern auch zum Rechtsbestande einer umfassenderen und bedeutsameren Rechtsgemeinschaft gehört. Ob im übrigen dieser superordinierten Rechtsnorm originäre Geltung oder auch bloss abgeleitete, auf gesetzlicher Anordnung beruhende Geltung zukommt, ist für die gegenwärtige Erörterung gleichgültig. Die superordinierte Gesetzesvorschrift, dass alle oder bestimmte Rechtsgewohnheiten innerhalb eines grösseren oder kleineren Bereichs beobachtet werden sollen, ist an und für sich nicht stärker und nicht schwächer als eine durch dauernde Bethätigung unmittelbar anerkannte Rechtsnorm gleichen Inhalts;[9]) auch ist weder die eine, noch die andere schlechthin unwandelbar.

5. Die praktische Bedeutung unsrer bisherigen Ausführungen wird sich am deutlichsten herausstellen, wenn wir auf der so gewonnenen Grundlage Stellung nehmen zu den hervorragendsten Streitfragen, welche unsre heutige Gesetzgebungs- und Urteils-Praxis bewegen.

Wir beginnen mit der Frage: In welchem Sinne und in welchem Umfange ist eine Abschaffung des Gewohnheitsrechts durch Gesetz möglich?

---

[9]) Wesentlich dasselbe gilt natürlich auch von einer durch Rechtssitte rezipierten Gesetzesvorschrift jenes Inhalts, gleichviel, ob sich die Rezeption speziell auf diese Rechtsvorschrift oder auf das ganze Gesetz bezog, in welchem die Vorschrift enthalten ist. Wir kommen später noch hierauf zurück.

Dass einzelne bestehende gewohnheitsrechtliche Normen durch Gesetz aufgehoben werden können, wird wohl von keiner Seite bestritten. Trotzdem dürfte über die Tragweite einer derartigen Aufhebung — selbst bei Juristen — nicht immer volle Klarheit herrschen. Schon der Ausdruck „Aufhebung" ist mehrdeutig: er begreift sowohl das vollständige Verbot, als die blosse Versagung des Rechtsschutzes seitens der das Gesetz erlassenden Gemeinschaftsgewalt, insbesondere seitens des Staates. Wo der Zweck der aufhebenden Gesetzesvorschrift nur der zuletzt erwähnte ist, da bleibt natürlich die bestehende Rechtssitte als solche zunächst völlig unberührt; sie gehört bloss nicht mehr zu den vom Staate (oder der sonst im gegebenen Falle in Betracht kommenden superordinierten Rechtsgemeinschaft) aufrecht erhaltenen Rechtsgewohnheiten. Anders liegt die Sache, wo das Gesetz die Beobachtung einer gewissen Gewohnheit geradezu untersagt oder, was dem Resultate nach auf dasselbe hinausläuft, ein jener Gewohnheit widersprechendes Gebot ausspricht. Zwar wird auch hierdurch die fragliche Rechtssitte als solche nicht sofort beseitigt; nur die ausser ihrer originären Geltung zu behauptende abgeleitete Geltung, die ihr im Grunde schon durch die vorher erwähnte blosse Versagung des Rechtsschutzes entzogen wird, fällt unmittelbar mit dem Erlass des verbietenden Gesetzes hinweg. Dagegen führt das letztere — im Gegensatze zu dem bloss den Rechtsschutz versagenden — mit Notwendigkeit zugleich zu einem Pflichtenkonflikte für alle, welche sich thatsächlich an die Rechtssitte gebunden erachten. Dieser Konflikt kann immer nur dadurch gelöst werden, dass entweder die in der Rechtssitte geübte Rechtsnorm seitens der Beteiligten selbst aufgegeben oder umgekehrt die verbietende Gesetzesvorschrift überwunden wird, sei es mit Hilfe eines neuen Gesetzes, sei es durch Entwöhnung.[10]) Begreiflicherweise jedoch wird die

[10]) Dem steht auch ein Rechtsgrundsatz, wie er in England anerkannten Rechtens ist, dass nämlich statutarisch geschriebenes Recht nicht durch Desuetudo in den Gerichtshöfen ausser Wirksamkeit gesetzt werden könne (Holtzendorff, Handb. d. Völkerrechts I, S. 95), nicht schlechthin entgegen. Einmal spricht jener Grundsatz für sich allein bloss aus, dass der Gerichtsbrauch für sich allein in solchen Fällen kein wahres Gewohnheitsrecht begründen kann. Anderseits ist die Möglichkeit nicht zu bestreiten, dass

Lösung meist sofort und zwar in der ersteren Form sich vollziehen. Ja, in allen Fällen, wo die betreffende Rechtsgewohnheit schon an und für sich als eine der fraglichen Gesetzgebung unterworfene anerkannt wird, wo m. a. W. die jene Gewohnheit übende Rechtsgemeinschaft als dem gesetzgebenden Gemeinwesen vollständig subordiniert sich weiss, — und für die auf Gewohnheit beruhenden Privatrechtsnormen und bezw. Privatrechtsgemeinschaften lässt sich dies wenigstens heutzutage in der Regel voraussetzen, — da kommt es überhaupt nicht erst zu einem wirklichen Pflichtenkonflikte; denn es ist hier regelmässig niemand vorhanden, der sich nach Erlass eines entsprechenden gesetzlichen Verbotes doch noch an die bisherige Rechtssitte gebunden erachten könnte. Wirkliche Pflichtenkollisionen werden also fast immer nur eintreten, wenn die Unterordnung des von der Gewohnheit bisher beherrschten Rechtsgebiets unter die gleichzeitig in Frage stehende gesetzgebende Gewalt irgendwie bestritten oder doch zweifelhaft erscheint und wo darum auch eine Kollision zwischen den ausdrücklichen Rechtssetzungen, wie beispielsweise zwischen Kirchengesetzen und Staatsgesetzen, denkbar ist.

Es liegt vielleicht nahe, aus den vorstehenden Bemerkungen den Schluss zu ziehen: Ist schon die Tragweite aufhebender Gesetzesbestimmungen gegenüber einzelnen bestimmten Rechtsgewohnheiten keine so unbegrenzte, als man meist annimmt, um wie viel weniger kann einer allgemeinen Gesetzesvorschrift über die Abschaffung des Gewohnheitsrechts schlechtweg oder auch nur innerhalb eines ganzen Rechtsgebiets eine unbeschränkte Geltung zuerkannt werden! Der Schluss ist nicht unrichtig; aber man darf sich dadurch nicht verleiten lassen, nun umgekehrt die Bedeutung derartiger allgemeiner Gesetzesvorschriften gar zu gering zu veranschlagen.

Schlechthin widersinnig würde allerdings ein völlig allgemeines Verbot der Rechtssitte sein. Nicht nur, dass sich durchaus kein vernünftiger Grund dafür auffinden lässt, dass alle

---

jener Grundsatz selbst durch allgemeine Desuetudo — die sich nicht auf die Gerichtshöfe beschränkt — beseitigt werden kann. Auch ist es dabei völlig gleichgültig, ob diese Rechts-Entwöhnung als eine Entwöhnung im engsten Sinne des Wortes oder vielmehr als gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer aufhebenden Rechtsnorm sich darstellt.

möglichen Arten von Rechtssitte, auch wenn sie dem Gesetz in keiner Weise widersprechen, verboten sein sollen; der Gesetzgeber hat sogar, wie wir bereits früher ausführten, das allerhöchste Interesse daran, dass die Gesetzesnormen möglichst bald und möglichst vollständig in Rechtssitte übergehen. Ebenso kann es für die Durchführung eines Gesetzes doch unter allen Umständen nur vorteilhaft sein, wenn sich — zumal bezüglich zweifelhafter Bestimmungen — von selbst eine gleichmässige Auslegung herausbildet; es wäre unbegreiflich und aussichtslos zugleich, der thatsächlichen Entstehung einer Usual-Interpretation Hindernisse in den Weg legen zu wollen.

Nicht so kurzweg abzulehnen ist eine gleich allgemeine Versagung des Rechtsschutzes von Rechtsgewohnheiten. Dem praktischen Erfolge nach ist eine solche Versagung identisch mit dem einfachen Mangel an allgemeineren Rechtsnormen über die Beobachtung von Rechtsgewohnheiten, und so wenig der blosse Mangel an derartigen superordinierten Normen etwas an sich Widersinniges oder Unmögliches ist, so wenig die einfache Aufhebung der innerhalb einer gewissen Rechtsgemeinschaft bestehenden Normen dieser Gattung. Man kann sogar die Erhaltung bestehender Rechtssitten aufrichtig wünschen und erstreben und dennoch bloss unter der Voraussetzung Wert darauf legen, dass sich diese Erhaltung aus freier Rechtsanerkennung heraus vollzieht. Allerdings ist zuzugeben, dass sich für eine völlig allgemeine Versagung des Rechtsschutzes, zumal wo solcher bisher bestanden hat, schwerlich eine zureichende Rechtfertigung finden lassen wird. Aber hieraus allein lässt sich natürlich weder die Ungültigkeit, noch die thatsächliche Unwirksamkeit einer Gesetzesvorschrift begründen.

Ebensowenig wird sich die Möglichkeit eines allgemeinen gesetzlichen Verbots solcher Rechtsgewohnheiten bestreiten lassen, die im Widerspruch stehen mit ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen. Soweit es sich hierbei um bereits bestehende Gewohnheiten handelt, muss offenbar dasselbe gelten, wie nach dem oben Bemerkten für das Verbot einzelner bestimmter Rechtsgewohnheiten. Doch auch einem gesetzlichen Verbote zukünftiger widersprechender Gewohnheiten oder m. a. W. der Aus-

schliessung sogen. derogatorischer Gewohnheiten ist die bindende Kraft an sich nicht abzusprechen. Man darf nur nicht diese bindende Kraft überschätzen. Unter allen Umständen reicht sie nicht weiter, als das fragliche Gesetz überhaupt reichen will und kann. Und zwar trifft dies nicht bloss in räumlicher, sondern auch in zeitlicher Beziehung zu: auch wo eine solche Gesetzesvorschrift wirklich Geltung erlangt hat, kann sie wieder überwunden werden, sei es durch ein neues Gesetz, sei es durch Nicht-mehr-Anerkennung oder durch eine gerade dieser Vorschrift selbst widersprechende Rechtssitte. Denn wenn jedes Gesetz seine Geltung als Gesetz der in der Anerkennung der Genossen begründeten Verfassung verdankt, nach welcher es erlassen ist, so versteht es sich ganz von selbst, dass diese Geltung auch wieder beseitigt werden kann durch direkte oder indirekte Versagung der Anerkennung seitens der Rechtsgenossen. Und wo es nicht zur vollständigen Überwindung des fraglichen gesetzlichen Gebots kommt, da kann es wenigstens geschehen, dass in kleineren Kreisen widersprechende Rechtsgewohnheiten sich bilden und als Recht eben dieser kleineren Rechtsgemeinschaften — in Ablehnung der Unterordnung unter jene Gesetzesvorschrift — sich behaupten. Wohl mag man in allen diesen Fällen nicht vergessen, dass hinter dem Gesetze eine Macht zu stehen pflegt, die fortgesetzt um die Aufrechterhaltung seiner Vorschriften bemüht ist. Aber schliesslich ruht auch diese Macht — zumal als Macht gegenüber einer Mehrzahl von Menschen — auf der mehr oder weniger allseitigen Anerkennung der Rechtsgenossen, und jeder Versuch, sie gegen eine unmittelbar sich durchringende Rechtsanerkennung der Genossen geltend zu machen, birgt die Gefahr der Selbstauflösung durch Verlust der sie begründenden Anerkennung oder doch einer bedenklichen Schwächung der letzteren in sich. Wohl mag man anderseits der gewichtigen Hindernisse gedenken, die — nach dem in Nr. 4 Ausgeführten — jedem Wiederaufgeben einer einmal vorhandenen Rechtsanerkennung, zumal gegenüber der bisher zu Recht bestehenden Gemeinschaftsgewalt schlechthin, aber auch schon gegenüber einzelnen, namentlich allgemeineren Rechtsnormen sich entgegenstellen. Allein wie wir ebenfalls bereits in Nr. 4 bemerkten, unbesiegbar sind diese Hindernisse nicht oder wenigstens nicht immer. Nur die Art und

Weise, wie eine solche Versagung der Rechtsanerkennung sich vollzieht, pflegt je nach dem Objekte verschieden zu sein. Wo sie sich gegen die Gemeinschaftsgewalt überhaupt, im angenommenen Falle gegen den Bestand der bisherigen Staatsgewalt richtet, da wird die Form der Überwindung regelmässig nur eine Reformgesetzgebung oder eine Revolution sein können. Wo dagegen bloss bestimmte Gesetzesnormen den Gegenstand der Bekämpfung bilden, da kann es auch zu einer einfachen Nicht-mehr-Anerkennung oder zur Entstehung einer widersprechenden Rechtssitte kommen, ohne dass man sich der Bekämpfung und Überwindung sofort bewusst wird: sei es mehr infolge einer irrigen Auffassung der bisher bestehenden Rechtsnormen, — z. B. Verbreitung des Irrtums, dass Gesetzesvorschriften über das Gewohnheitsrecht überhaupt niemals rechtlich verbindliche Kraft zukomme, — sei es mehr durch Nachgiebigkeit der staatlichen Organe. Mag dann auch später der Irrtum erkannt, die Nachgiebigkeit bereut werden, das Resultat, die Nicht-mehr-Anerkennung oder die neue Rechtssitte bleibt darum doch bestehen und kann nur ihrerseits wieder durch eine neue Rechtsbildung beseitigt werden.

Thatsächlich gehören die „Gewohnheitsrecht aufhebenden" Normen, wie sie uns in älteren und neueren Gesetzen entgegentreten, in der Regel bestimmten, enger begrenzten Rechtsgebieten an. Und innerhalb solcher engerer Grenzen wird sich nicht nur die Aufhebung des bestehenden, sondern auch die Ausschliessung zukünftigen Gewohnheitsrechts, sei es im Sinne direkten Verbotes, sei es nur in dem der Versagung des Rechtsschutzes, zweifellos am ehesten rechtfertigen und aufrecht erhalten lassen. Vor allem ist es das Bedürfnis der Rechtseinheit, das hierbei als sehr wirksames Motiv in Betracht kommt; ein Bedürfnis, das naturgemäss auf den verschiedenen Gebieten des Rechts nicht die gleiche Rolle spielt. Beinahe ebenso wichtig ist aber auch die innere Einheitlichkeit und Geschlossenheit einer bestimmten Gesetzgebung. Wenn ein so umfassendes und zugleich so wohlgelungenes Gesetzgebungswerk, wie das deutsche Handelsgesetzbuch die Rechtsgewohnheit — mag sie unter den Begriff des Handelsgebrauchs oder in das Gebiet des allgemeinen bürgerlichen Rechts fallen — jedenfalls nur subsidiär, nicht im Widerspruch mit seinen eigenen

Bestimmungen zuliess, so lag schon in jenen Eigenschaften, also selbst abgesehen von dem Werte der Rechtseinheit gerade für den Handelsverkehr, eine bedeutsame Bürgschaft dafür, dass sich widersprechende Gewohnheiten regelmässig nicht bilden konnten.[11]) Auch eine Usual-Interpretation in wesentlichem Widerspruch mit den ursprünglichen Intentionen des Gesetzes ist um so weniger wahrscheinlich, je besser dasselbe gearbeitet ist. Immerhin ist auch hier zu beachten, dass eine solche abweichende Usual-Interpretation weder als thatsächlich unmöglich, noch als durch den bisherigen Art. 1 ausgeschlossen erscheint. Desgleichen war nicht ausgeschlossen, ja nicht einmal schlechtweg verboten die Bildung von widersprechenden handelsrechtlichen Gewohnheiten innerhalb kleinerer Kreise, soweit solche auf den Rechtsschutz durch die Staatsgerichte verzichten.[12]) Ähnlich liegen die Dinge bei dem

---

[11]) Selbst nach Beseitigung jener einschränkenden Bestimmung durch Streichung des bisherigen Art. 1 in dem revidierten Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897 wird das praktische Resultat der oben genannten Eigenschaften des Gesetzbuches wesentlich dasselbe, nämlich thatsächliche Ausschliessung widersprechender Gewohnheitsbildungen sein.

[12]) Die herrschende Meinung spricht hier natürlich überhaupt nicht mehr von Rechtsgewohnheiten. Und wer nicht mit uns unterscheidet zwischen der Geltung der Rechtsgewohnheit an sich, d. h. ausschliesslich innerhalb des Kreises, in welchem sie thatsächlich als Recht anerkannt und geübt wird, und der Geltung im Staate, insbesondere vor den Gerichten des Staates, — wer vielmehr immer nur an die zweite Art der Geltung denkt, die nach unsrer Darstellung meist bloss eine abgeleitete ist, der kann auch nicht anders urteilen. Um so mehr muss ich mich gegen ein etwaiges Missverständnis verwahren. Wer auf dem Standpunkte der herrschenden Doktrin steht, könnte sich vielleicht zu dem Schlusse versucht fühlen, ich verwechsele im vorliegenden Falle die blosse Handels-Usance mit dem Handelsgewohnheitsrecht. Dies ist nicht der Fall; ich unterscheide nur zugleich eine zwiefache Art von Handelsgewohnheitsrecht, entsprechend der erwähnten zwiefachen Geltung: einmal das auch im Forum des Staates als Recht geltende, anderseits das ausschliesslich innerhalb des Bereichs der thatsächlichen Rechtssitte geltende. Dass zu dem letzteren auch vielleicht gewisse gewohnheitsmässig in bestimmten Handelskreisen beobachtete, von dem Handelsgesetzbuche nicht gebilligte Rechtsnormen gehören könnten, die von der herrschenden Lehre als verbotene Handels-Usancen charakterisiert werden, will ich damit nicht leugnen. Aber ebenso gewiss bleiben daneben zahlreiche „Handelsgebräuche“ bestehen, die keine Rechtsgewohnheit, auch nicht in unserm Sinne, darstellen. Man denke vor allem an den Geschäftsgebrauch, der zwischen zwei einzelnen

§ 2 des deutschen Strafgesetzbuches. Er beschränkt sich darauf, den Organen der staatlichen Strafgerichtsbarkeit jede Strafanwendung ohne „gesetzliche" Grundlage und damit notwendig auch die Berücksichtigung von solchen Rechtsgewohnheiten zu untersagen, die in selbständiger oder sonst vom Gesetz abweichender Weise Bestrafung fordern. Die Beachtung von anderen Rechtsgewohnheiten auf dem Gebiete des Strafrechts ist damit ebensowenig untersagt, wie die Ausbildung einer Usual-Interpretation der Strafgesetze. Aber gerade um ihrer engeren Begrenzung willen darf die rechtliche Wirksamkeit der fraglichen Gesetzesvorschrift auf lange Zeit als gesichert gelten. Sogar die wenigen, die sie neuerdings ihres Inhalts halber lebhaft angegriffen, haben nicht gewagt, ihre rechtliche Geltung in Frage zu stellen, und insbesondere der Umstand, dass es ausschliesslich Staatsorgane und hauptsächlich Gerichte sind, von denen ihre Durchführung abhängt, macht es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass eine entgegengesetzte Anschauung in Gestalt einer Rechtssitte sich durchzusetzen vermöchte.[13])

Kaufleuten besteht. Zur Rechtssitte in unserm Sinne — natürlich nur zu einer an und für sich bloss zwischen den beiden Genossen dieser individuellen Rechtsgemeinschaft geltenden Rechtssitte — wird derselbe ausschliesslich da, wo beide Teile wirklich bestimmte Normen als für ihr Verhältnis zu einander geltend voraussetzen, deren Bethätigung in den verschiedenen zwischen ihnen abgeschlossenen Geschäften vorliegt. In diesem Falle steht die Rechtssitte wesentlich auf gleicher Stufe mit einem Vertrage, der den Geschäftsverkehr von vornherein in allgemeiner Weise regelt. Wo dagegen als Geschäftsgebrauch bloss die Thatsache erscheint, dass eine gewisse Nebenbestimmung bei den bisherigen Geschäften stets gemacht worden und darum zu vermuten ist, dass sie auch bei einem späteren Geschäfte gemacht werden sollte, obgleich sie da nicht ausdrücklich vereinbart wurde, — wo m. a. W. nicht die Anerkennung einer den Willen der Kontrahenten schon vor dem gerade in Betracht kommenden Geschäfte bindenden Norm, sondern nur die Vermutung eines gewissen gleichartigen Wollens beim Abschluss des Rechtsgeschäfts vorliegt, da kann natürlich von Rechtssitte nicht die Rede sein; auch dann nicht, wenn das dem Geschäfte superordinierte Recht dieser Vermutung — eben als Vermutung — Rechtsfolge gewährt.

[13]) Es liegt nahe, im Anschluss an die vorstehenden Beispiele auch die Frage aufzuwerfen, ob oder inwieweit der Art. 2 der deutschen Reichsverfassung eine Aufhebung partikulärer Rechtsgewohnheiten in sich schliesst. Für mein

6. Genau in demselben mehrfachen Sinne und in ebenso verschiedenem Umfange, wie nach den Erörterungen in Nr. 5 eine „Aufhebung von Rechtsgewohnheiten durch Gesetz", ist natürlich auch eine blosse Beschränkung oder nähere Bestimmung des Gewohnheitsrechts durch Gesetz möglich.

Damit sind die leitenden Gesichtspunkte für die Entscheidung fast aller anderen das Gewohnheitsrecht betreffenden Streitfragen gegeben.

Insbesondere ist bei allen diesen Fragen gleichfalls zu unterscheiden zwischen der originären und der aus einem allgemeineren Rechtsgrundsatze abgeleiteten Geltung irgend eines Gewohnheitsrechts oder, was dasselbe besagt, zwischen der Rechtssitte an sich und der Bedeutung, die ihr ein superordiniertes Recht zuweist. Fragt man nach der originären Geltung einer Rechtssitte, so versteht sich — wie wir dies bereits in § 27, Nr. 3 ausführten — das Erfordernis einer vollen Gleichmässigkeit der Übung und eines längeren, aber nur relativ bestimmbaren Zeitablaufes ganz von selbst. Sehen wir dagegen auf die aus einer allgemeineren Rechtsnorm abzuleitende Geltung, so entscheidet über das erforderliche Maass der Gleichmässigkeit und der Zeitdauer vor allem der Inhalt jener allgemeineren Rechtsnorm. Umgekehrt erscheint die Art der Entstehung einer Rechtsanerkennung, wie wir in § 27, Nr. 2 zeigten, gleich dem Inhalt der anerkannten Rechtsnormen für die originäre Geltung einer Rechtssitte als durchaus unerheblich; denn für die Thatsache der Rechtsanerkennung an sich und deren Bethätigung in der Sitte ist es offenbar ganz gleichgültig, wie sie zur Thatsache geworden oder wie diese Thatsache von irgendwelchem

---

Teil halte ich es für mehr als zweifelhaft, ob unter den Begriff der „Landesgesetze" auch die partikulären Gewohnheiten, ja selbst die wirklich Landesrecht darstellenden, subsumiert werden dürfen. Aber auch wenn man diese Frage bejaht, werden durch den Grundsatz von dem Vorzuge der Reichsgesetze doch jedenfalls nur die den Reichsgesetzen widersprechenden partikulären Gewohnheiten, und auch diese nur insofern aufgehoben, als sie der Kognition von Reichsorganen oder reichsgesetzlich gebundenen Einzelstaatsorganen unterliegen. Nicht ausgeschlossen sind alle möglichen bloss ergänzenden, gleichviel ob allgemeinen oder partikulären Rechtsgewohnheiten; desgleichen die umfassendste Usual-Interpretation, wie sie namentlich in Bezug auf das Bürgerliche Gesetzbuch von höchster Bedeutung werden könnte.

anderen Standpunkte aus zu werten ist. Dagegen kann die abgeleitete Geltung zweifellos abhängig gemacht sein von der Erfüllung bestimmter Bedingungen in Bezug auf Entstehungsweise und Inhalt der zu sanktionierenden Gewohnheiten; gesetzliche Bestimmungen über die Bedeutung des Irrtums für die Entstehung oder über eine zu fordernde Rationabilität der Gewohnheit müssen insofern als durchaus bindend erachtet und auch allein aus dem Gedanken des Gesetzgebers heraus ausgelegt werden.[14])

---

[14]) Insofern hat Dernburg (Pandekten I, S. 62 d. 5. Aufl., Anm. 5) durchaus Recht zu behaupten, dass durch theoretische Gegenargumente die positiven Vorschriften der Quellen nicht zu brechen sind. Denn für das Gebiet der juristischen Praxis im bisher üblichen Sinne des Wortes, insbesondere für die Thätigkeit der Gerichte und Rechtsanwälte, zumal für die Prozessthätigkeit, kommt regelmässig nicht die originäre Geltung einer Rechtssitte, sondern nur die abgeleitete in Betracht. Liegt doch schon in der Thatsache eines Rechtsstreits über das Vorhandensein oder den Inhalt eines behaupteten Gewohnheitsrechts für sich allein bereits ein Beweis, dass es an der originären Geltung, weil an der direkten Anerkennung bei der einen Partei fehlt. Soweit der Streit reicht, soweit herrscht thatsächlich keine Sitte; ein Prozess über Gewohnheitsrecht kann daher immer nur die Frage zum Gegenstande haben, ob eine anderswo oder zu anderer Zeit (als im Moment der Entscheidung) thatsächlich geübte Rechtssitte auf Grund einer für alle Streitenden bindenden, wenn auch nur indirekt von ihnen anerkannten allgemeineren Rechtsnorm zu beobachten sei oder nicht. Dies übersieht Gierke (deutsches Privatrecht I, S. 169, Anm. 43), wenn er Dernburg erwidert, die positiven Vorschriften der Quellen seien vielmehr selbst „nur unverbindliche theoretische Aussprüche". Inwieweit diese Bemerkung etwa für bestimmte Vorschriften bestimmter Quellen, insbesondere für die unmittelbar vorher von Dernburg citierten, verteidigt werden könnte, lasse ich dahingestellt. Dass solche mehr oder weniger bloss theoretischen Aussprüche in den Quellen vorkommen, leugne ich selbstverständlich nicht, wenngleich ich schon mehrfach Anlass gefunden habe, auf den praktischen rechtlichen Kern, der in vielen vermeintlich bloss theoretischen Sätzen steckt, scharf hinzuweisen. Aber die Worte Gierke's lauten völlig allgemein. Und damit stellt er in Wahrheit die Existenz jedes Gewohnheitsrechts von abgeleiteter Geltung oder m. a. W. jedes für unsre Prozessgerichte unmittelbar verbindlichen Gewohnheitsrechts in Frage. Denn die streng logische Konsequenz seiner Bemerkung ist, dass auch die Forderung der Beobachtung von Gewohnheiten durch die Gerichte nur einen theoretischen Satz darstellt, dessen Richtigkeit durch die Wissenschaft widerlegt werden kann. Wie wir nun oben gezeigt haben, vermag die Wissenschaft als solche eine Geltung des Gewohnheitsrechts über den Kreis derer hinaus, die die Rechtssitte als rechtlich verbindlich für sich anerkennen,

Erkennen wir somit gesetzlichen Vorschriften über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts — immer vorausgesetzt, dass es sich um dessen abgeleitete Geltung für das gerade von dem Gesetze beherrschte Gebiet handelt, — ganz dieselben rechtlichen Eigenschaften, dieselbe Geltung und bindende Kraft zu, wie allen anderen in dem Gesetze gegebenen Vorschriften, so müssen wir doch zugleich, hier wie schon oben für die „Gewohnheitsrecht aufhebenden“ Gesetzesbestimmungen, immer wieder betonen, dass es ebensowenig eine unbedingte Garantie für ihren dauernden Bestand giebt, wie für irgendwelche andere Gesetzesbestimmungen. Auch sie können nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch einfache Desuetudo oder durch Bildung einer entgegengesetzten Rechtsgewohnheit wieder beseitigt werden. So darf vielleicht die vom kanonischen Rechte zweifellos aufgestellte und mit diesem auch für das bürgerliche Recht rezipierte Forderung, dass die Gewohnheit, mindestens die derogatorische, „legitime praescripta“ sein müsse, heutzutage als nicht mehr geltend, weil eben in längerer Übung nicht mehr anerkannt angesehen werden.

Auf der anderen Seite können derartige einschränkende oder näher bestimmende Normen über Gewohnheitsrecht auch auf dem Wege der Gewohnheitsrechtsbildung selbst entstehen; sei es völlig unvermittelt, sei es im Anschluss an anderwärts geltende gesetzliche Normen. Ein einleuchtendes Beispiel der letzteren Art bietet die schon berührte Rezeption der kanonischen Vorschriften über Gewohnheitsrecht für das bürgerliche Recht; ein Beispiel, das höchstens der zu ignorieren vermag, der die geschichtlichen Thatsachen selbst mit ihrer Bedeutung für die Gegenwart oder gar mit seiner eigenen individuellen Wertschätzung derselben verwechselt. Gleich handgreifliche Belege für eine nicht dergestalt vermittelte Bildung von Gewohnheitsrechtsnormen des hier fraglichen Inhalts werden sich allerdings kaum auffinden lassen. Wenn

---

überhaupt nicht zu begründen. Leugnet man also die Möglichkeit der Anerkennung von Rechtsnormen über die Beobachtung von Gewohnheiten und damit jedes Gewohnheitsrecht von abgeleiteter Geltung oder, was dasselbe besagt, auf Grund indirekter Anerkennung, so kann wenigstens von einer Anwendung des Gewohnheitsrechts gegen den Willen einer Prozesspartei niemals die Rede sein.

es eine natürliche Eigenschaft aller oder doch fast aller Rechtssitten ist, dass die ausschliesslich in ihr bethätigten Normen nicht von derselben Schärfe und Bestimmtheit sind, wie die auf bewussten Rechtssetzungshandlungen beruhenden, — teils weil die anerkennenden Rechtsgenossen selbst nicht genötigt sind, sich die zu bethätigenden Normen in gleicher Weise klar vorzustellen, teils weil der Inhalt der anerkannten Normen aus ihrer Bethätigung oft bloss annähernd zu ermitteln ist, — so trifft dies begreiflicherweise in um so höherem Grade zu, wo es sich um Rechtsnormen von so allgemeinem Inhalt handelt. Aber schliesslich ist es überhaupt undenkbar, dass eine allgemeinere Norm über die Verbindlichkeit von Rechtsgewohnheiten Anerkennung findet, ohne dass zugleich irgendwie bestimmte Voraussetzungen über die Beschaffenheit der unter diese Norm zu subsumierenden Gewohnheiten darin eingeschlossen wären. Wenn man also nicht schlechtweg die Existenz allgemeinerer Rechtsnormen über die Beobachtung von Rechtsgewohnheiten ausser den gesetzlich anerkannten bestreiten will, — und m. E. ist dies ebenso unmöglich, wie etwa eine Bestreitung der Thatsache, dass überall, wo es Recht giebt, auch irgendwelche Rechtsgrundsätze über die Verbindlichkeit gewisser Verträge bestehen, — so kann man auch nicht die Existenz von beschränkenden oder näher bestimmenden Rechtsnormen für das Gewohnheitsrecht leugnen, die ausschliesslich auf dem Wege der Rechtssitte selbst sich herausbilden. Und daraus folgt denn in der That für die Wissenschaft des positiven Rechts oder, besser gesagt, für jede mit einem bestimmten positiven Rechte sich beschäftigende Disziplin, dass sie bei der Lehre vom Gewohnheitsrecht sich nicht auf eine Erörterung der Eigenschaften beschränken darf, die sich aus dem allgemeinen Begriff der Rechtssitte ergeben, sondern stets zugleich das Vorhandensein und den genaueren Inhalt der in dem betreffenden Rechtsgebiete anerkannten — gleichviel ob gesetzlichen oder bloss durch Rechtssitte bethätigten — Normen festzustellen hat, welche sich auf die Beobachtung von Rechtsgewohnheiten in diesem Rechtsgebiete beziehen.

Namentlich von diesem Gesichtspunkte aus — abgesehen von den schon oben hervorgehobenen Momenten — wird auch die Frage zu beantworten sein, welche Bedeutung einem sogenannten

„Juristenrechte“ zukommt. Dürften wir hierunter ein Recht verstehen, das ausschliesslich für Juristen als solche gilt, so hätten wir dasselbe natürlich ganz ebenso aufzufassen, wie das Recht irgend eines anderen Berufsstandes. „Juristenrecht“ wäre also nicht der Ausdruck für eine Entstehungsform des Rechts, sondern für ein besonderes Gebiet des Rechts, innerhalb dessen alle möglichen Entstehungsformen denkbar sind. Versteht man dagegen unter Juristenrecht ein über den Kreis der Juristen hinaus gültiges, nur von Juristen für eine umfassendere Rechtsgemeinschaft, z. B. die ganze bürgerliche Gesellschaft eines Staates, produziertes Recht, — und das ist offenbar die Meinung derer, die in dem Juristenrechte eine besondere Rechtsquelle neben dem Gewohnheitsrecht erblicken wollen, — so kann dasselbe schlechterdings nur begründet werden durch den Nachweis, dass das Recht jener umfassenderen Gemeinschaft, im angenommenen Falle das Recht des bezüglichen Volkes oder Staates, Rechtsnormen in sich schliesst, nach welchen den zugehörigen Juristen in irgendwelcher Weise eine solche besondere rechtserzeugende Fähigkeit zuerkannt ist. Der Versuch eines solchen Nachweises ist nicht von vornherein abzulehnen. Es hat zweifellos positive Rechte gegeben, die der Jurisprudenz als solcher oder doch bestimmten Vertretern derselben eine eigentümliche autoritative Stellung eingeräumt haben; man denke an das durch Augustus eingeführte Responsionsrecht der römischen Juristen und an das Citiergesetz der Kaiser Theodosius und Valentinian. Aber freilich, dass es gelingen sollte, aus den heute in deutschen Landen geltenden Rechtsquellen einen Rechtssatz nachzuweisen, vermöge dessen unsere juristische Theorie oder Praxis in der Lage wären, für sich eine ähnliche rechtliche Autorität in Anspruch zu nehmen, wie sie anerkanntermaassen dem Gewohnheitsrecht zukommt, das muss ich gründlich bezweifeln. Und für mein Teil kann ich dies auch durchaus nicht beklagen. Denn so völlig verkehrt es meiner vollsten Überzeugung nach sein würde, die Rechtswissenschaft zur Alleinherrscherin im Bereiche der Gesetzgebung zu machen, und so gewiss ihr auch kein ausschliessender Anteil an der Ausbildung von Rechtsgewohnheiten zusteht, so gewiss gebührt ihr auch keine gleichberechtigte Stellung neben Gesetz und Rechtssitte als Entstehungs- oder Erscheinungs-

formen des Rechts. Wohl mag sich unsere Juristenwelt die Aufgabe stellen, die Gesamtheit der Rechtsgenossen, für die sie arbeitet, nicht bloss in der Erhaltung des bestehenden Rechts, sondern auch in der weiteren Entwickelung dieses Rechts nach Kräften zu fördern; aber sie soll sich nicht herausnehmen, ihre Ansicht vom Rechte als praktisch gleichwertig unmittelbar neben die Anschauungen der Gesamtheit zu setzen; auch nicht, soweit es sich um die Auslegung geschriebenen Rechts und insbesondere um die Ausbildung einer Usual-Interpretation handelt. Nur soweit Rechtsnormen in Frage kommen, die ihrem besonderen Inhalte nach — wie z. B. zahlreiche prozessualische Normen — an juristisch gebildete Personen, namentlich an Richter oder Rechtsanwälte, ausschliesslich sich richten, versteht es sich von selbst, dass die allmählich zu einer Usual-Interpretation führenden Handlungen immer bloss Rechtshandlungen von Juristen sein können. Allein hier liegt eben, genauer betrachtet, gar nichts vor, was den Juristen spezifisch zukäme; dieselbe Erscheinung lässt sich vielmehr in Bezug auf alle möglichen Klassen von Personen beobachten, an welche sich irgend eine bürgerliche Rechtsnorm ausschliesslich richtet.

Fünfter Abschnitt.

Verschiedene Formen anormaler Rechtsbildung.

§ 29.

Rechtsgeschäft und Rechtssitte können als die beiden normalen Formen der Rechtsbildung bezeichnet werden. Genauer betrachtet jedoch gilt dies für die Rechssitte nur insoweit, als für deren Bildung bestimmte Rechtsnormen in anerkannter Geltung sich befinden; soweit dies nicht der Fall ist, gehört auch die Rechtssitte zu den anormalen Rechtsbildungen.

Anderseits steht dem Rechtsgeschäft, der bewussten Setzung subordinierter Rechtsnormen, als analoge aber anormale Form der Rechtsbildung die bewusste Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung gegenüber, wie sie einesteils in der Gründung und Auflösung von Rechtsgemeinschaften erster Ordnung, andernteils in der an sich rechtswidrigen, aber binnen verhältnismässig kurzer Frist zur Rechtsanerkennung durchdringenden Änderung bestehender Rechtsverhältnisse — als Oktroyierung oder Revolution — sich darstellt.

1. Soll die Unterscheidung zwischen normalen und anormalen Rechtsbildungen nicht eine völlig vage und unklare bleiben, so kommt es natürlich darauf an, in ganz bestimmter Weise die Normen zu bezeichnen, mit denen die ersteren im Einklange sich befinden müssen. Denn „normal“ im strengeren Sinne des Wortes ist eben immer nur dasjenige, was einer gewissen im Gedanken vorausgesetzten Norm entspricht; „anormal“ umgekehrt das, was keiner solchen Norm entspricht.[1])

[1]) Ob diese beiden Begriffsbestimmungen, die zweifellos der etymologischen Bildung der Worte „normal“ und „anormal“ entsprechen, auch mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauche übereinstimmen, kann dahingestellt bleiben. Eine

Diese genaue Bezeichnung der für unsere obige Unterscheidung maassgebenden Normen ist aber um so notwendiger, je mannigfaltiger die möglichen Maassstäbe sind, welche der Beurteilung einer Rechtsbildung zu Grunde gelegt werden können. An und für sich ist z. B. gar nichts dagegen zu sagen, wenn man eine Rechtsbildung von gewissen allgemeinen religiösen oder moralischen, wirtschaftlichen oder sonstigen utilitarischen Forderungen aus kritisiert und sie danach ganz oder teilweise als normal oder anormal kennzeichnet. Noch näher liegt es vielleicht, den als gegeben angenommenen Charakter eines Volkes oder einer Zeit als die Norm anzusehen, dem sich die bezügliche Rechtsbildung anzupassen hat. Allein für eine juristische Prinzipienlehre als solche kann offenbar keine dieser Normen, sondern immer nur eine solche Norm in Betracht kommen, die selbst als juristische Norm gelten darf. Das will sagen: Vom Standpunkte der juristischen Prinzipienlehre aus haben wir nur solche Rechtsbildungen für normale zu erachten, die bestimmten juristischen, d. h. aus irgendwelchen bestehenden positiven Rechten zu entnehmenden Normen entsprechen.

In der That trifft diese Voraussetzung — wenigstens mit gewissen Modifikationen — für diejenigen Formen der Rechtsbildung zu, welche man auch bisher schon als regelmässige Formen der Rechtsbildung behandelt hat. Die Gesetzgebung ist eine normale Form der Rechtsbildung, sofern sie in Gemässheit bestimmter, für das betreffende Gebiet in Geltung bestehender verfassungsmässiger Normen geübt wird. Die herrschende Meinung übersieht nur, dass genau dasselbe auch für alle möglichen anderen

---

nähere Prüfung des letzteren würde wahrscheinlich ergeben, dass der Gebrauch der genannten Worte ein mannigfach schwankender ist, und von diesem Gesichtspunkte aus wäre es vielleicht richtiger, dieselben durch zwei neue oder doch bisher nur wenig gebrauchte, wie etwa „normgerecht“ und „normlos“ zu ersetzen. Wer Geschmack an diesen Ausdrücken findet, der wolle sie statt der von uns verwandten einsetzen; für mein Teil habe ich mich nicht dazu entschliessen können. Unter allen Umständen ist durch die Definitionen im Texte, die nichts weiter sein wollen, als Erläuterungen des von mir hier angenommenen Sprachgebrauchs, zur Genüge dafür gesorgt, dass alle, die mich nicht missverstehen wollen, unseren weiteren Ausführungen ohne Missverständnis folgen können.

Arten von Rechtsgeschäften in dem von uns dargelegten Sinne gilt: von allen Arten rechtmässiger obrigkeitlicher Verfügung nicht minder, wie von Staatsverträgen und einfachen Privatverträgen. Auf der anderen Seite erscheint die Rechtssitte oder Rechtsgewohnheit zwar auch als eine normale Form der Rechtsbildung, aber doch nicht so schlechthin, wie dies gewöhnlich vorausgesetzt wird. In Wahrheit ist sie bloss da normal in dem oben angegebenen Sinne zu nennen, wo sich bereits irgendwelche allgemeinere Normen über die Rechtsverbindlichkeit von Gewohnheiten herausgebildet haben und die fragliche Rechtssitte diesen Normen entspricht. Wo es hingegen an derartigen allgemeineren Normen wirklich noch gänzlich fehlt oder wo eine Rechtsgewohnheit im Gegensatz zu denselben sich bildet und durchsetzt, da kann immer nur von einer anormalen Rechtsbildung die Rede sein.

Um es mit einem Worte zusammenzufassen: Sowohl die bewusste Setzung, wie die in einer Sitte sich kundgebende Voraussetzung bestimmter Rechtsnormen ist stets nur dann und insoweit normal, wenn und soweit die gesetzten oder vorausgesetzten Normen gewissen allgemeineren Rechtsnormen subordiniert sind; die Entstehung von Rechtsnormen erster Ordnung ist — schon ihrem Begriffe nach — notwendig eine anormale, d. h. nicht nach bereits bestehenden Rechtsnormen sich vollziehende.

Aus den vorstehenden Bemerkungen folgt zugleich, dass „anormale Rechtsbildung“ keineswegs identisch ist mit „normwidriger“. Wohl schliesst der erstere Begriff den anderen seinem ganzen Inhalte nach mit in sich; aber er wird damit nicht erschöpft. Genauer gesagt: Der Begriff der anormalen Rechtsbildung ist zunächst ein rein negativer; er umfasst die Entstehung aller Rechtsnormen, deren Geltung keine Stütze in irgendwelchen schon bestehenden Rechtsnormen findet. Als normwidrig erscheinen dagegen bloss solche Rechtsbildungen, die überdies im Gegensatz stehen zu bestimmten in dem betreffenden Gebiete geltenden Normen über Rechtsbildung.[2])

[2]) Wir betonen: „Normen über Rechtsbildung.“ Damit ist ausgesprochen, dass die Normwidrigkeit (beim Begriff der normwidrigen Rechtsbildung) immer nur auf die Art der Bildung oder Entstehung der Rechtsnormen zu beziehen ist. So ist normwidrig das Gesetz, welches Verfassungs-

Der Sache nach ist der letzterwähnte Unterschied ebenso, wie der Unterschied zwischen normaler und anormaler Rechtsbildung bereits im vorigen Abschnitte ausreichend berücksichtigt worden. In dem, was wir dort über die abgeleitete Geltung der Rechtsgewohnheit ausgeführt haben, ist schon eine Darstellung der Rechtssitte als normaler Rechtsbildung mit enthalten; und umgekehrt begreift das über die originäre Geltung der Rechtssitte Bemerkte auch alles Wesentliche, was ich über das Gewohnheitsrecht als anormale bezw. normwidrige Rechtsbildung zu sagen weiss.[3]) Nicht minder indessen ist aus jenen früheren Ausführungen, namentlich aus den auf gesetzliche Verbote und Beschränkungen des Gewohnheitsrechts bezüglichen (§ 28, Nr. 5 und 6) leicht zu entnehmen, warum es nicht zweckmässig ist, den Unterschied zwischen normwidriger und bloss anormaler Rechtsbildung allzu stark zu betonen. Gewisse Fälle normwidriger Rechtsbildung stehen den sonstigen anormalen Rechtsbildungen äusserst nahe, während

---

grundsätze aufheben will, ohne dass die hierfür vorgeschriebenen Formen beobachtet werden; so die Rechtsgewohnheit, die sich bildet und durchsetzt trotz des Verbotes von Rechtsgewohnheiten in dem betreffenden Gebiete. Wo dagegen nur der Inhalt der neu entstandenen Rechtsnormen in Widerspruch steht mit irgendwelchen bisher gültig gewesenen, aber die Entstehungsweise den im gegebenen Falle über Rechtsbildung bestehenden Rechtsnormen gemäss war, da kann nur von einer durchaus normalen, das bisherige Recht abändernden Rechtsbildung die Rede sein. So wenig ein rechtsabänderndes, aber formell korrekt erlassenes Gesetz als eine normwidrige Rechtsbildung charakterisiert werden darf, so wenig eine derogatorische Rechtsgewohnheit, die den in dem betreffenden Gebiete in Geltung befindlichen Rechtsgrundsätzen über die Beobachtung von Gewohnheiten entspricht.

[3]) Natürlich musste dort auch Vieles erörtert werden, was zwar zur Lehre von der Rechtssitte und von der originären Geltung oder Bedeutung derselben gehört, aber mit der Rechtsbildung und speziell mit dem Gewohnheitsrecht als einer Form der Rechtsbildung nichts zu thun hat. Und dieses Plus kommt für unsere gegenwärtige Betrachtung nicht mehr in Frage; so insbesondere nicht das über die Bedeutung der Rechtssitte für die Erhaltung und Festigung vorausgegangener normaler Rechtssetzungen Ausgeführte, sowie überhaupt alles, was sich nur auf die Rechtssitte als Bezeugung bereits bestehenden Rechts bezieht. Aber was sich uns zugleich a. a. O. über die Bildung von originären Gewohnheitsrechtsnormen ergab, enthält bereits eine Darstellung dieser Form anormaler Rechtsbildung, der ich nichts Wesentliches hinzuzufügen vermag.

umgekehrt zwischen den verschiedenen möglichen Arten von Normwidrigkeit zum Teil sogar ein scharfer Gegensatz konstatiert werden muss.

Da auch sonst kein Anlass vorliegt, das im vorigen Abschnitte Dargelegte einfach zu wiederholen, so dürfen wir uns im folgenden wesentlich auf eine Erörterung der anormalen Rechtssetzung beschränken. Nur auf die zweifellos vorhandenen Analogien zwischen dieser und der anormalen Gewohnheitsrechtsbildung, insbesondere auch zwischen den Hauptarten der einen und der anderen, mag schon hier hingewiesen werden.

2. Die Entstehung von Rechtsnormen erster Ordnung ist — schon dem Begriffe nach — notwendig eine anormale, d. h. nicht nach bereits bestehenden Rechtsnormen sich vollziehende. Damit ist nicht bloss gesagt, dass alle Entstehung von Rechtsnormen erster Ordnung notwendig unter den Begriff der anormalen Rechtsbildung fällt, sondern beide Begriffe sind geradezu identische Begriffe; gleichwie andererseits normale Rechtsbildung identisch ist mit der Entstehung von Rechtsnormen auf Grund anderer (superordinierter) Rechtsnormen. Bei der bewussten Rechtssetzung tritt dies auch sofort deutlich heraus. Als normale Rechtssetzung erscheint offenbar jedes Rechtsgeschäft in unserem Sinne, d. h. jede bewusste Setzung von subordinierten Rechtsnormen. Mithin bleibt für die anormale Rechtssetzung nur übrig die bewusste Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung; diese aber auch vollständig. Denn eine Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung, die doch zugleich abhängig sein sollte von irgendwelchen anderen rechtlichen Normen, wäre eine augenscheinliche Contradictio in adjecto.[4])

[4]) Wenn die Thatsache, dass anormale Rechtsbildung und Entstehung von Rechtsnormen erster Ordnung ein und dasselbe sind, bei der Rechtssitte viel weniger deutlich hervortritt als bei der Rechtssetzung, so liegt der Grund in dem Umstande, dass die gewohnheitsrechtlichen Normen meistens zugleich in zwiefacher Bedeutung in Betracht kommen: einmal als Normen erster Ordnung, soweit sie als Gemeinschaftsnormen direkt anerkannt und beobachtet werden; anderseits als Normen von abgeleiteter Geltung, sofern sie gleichzeitig gewissen für die im gegebenen Falle entscheidende Instanz maassgebenden Rechtsnormen über die Beachtung von Gewohnheiten entsprechen. Ganz davon zu schweigen, dass die herrschende Meinung von einem solchen

Blicken wir nun zurück auf das, was wir im ersten Abschnitt dieses Buches (§ 20) über den Zusammenhang zwischen der Entstehung und Veränderung von Rechtsnormen einerseits und von Rechtsverhältnissen anderseits ausgeführt haben, so unterscheiden wir leicht drei grosse Hauptgruppen von anormalen Rechtssetzungen. Die erste vereinigt alle diejenigen Fälle in sich, in denen die Setzung von Rechtsnormen erster Ordnung zusammenfällt mit der Entstehung der Rechtsverhältnisse, deren Inhalt diese Normen darstellen. Die zweite begreift jede Setzung von aufhebenden Rechtsnormen erster Ordnung, durch welche der Untergang bisher bestehender Rechtsverhältnisse herbeigeführt wird. Die dritte Hauptgruppe endlich umfasst alle solchen anormalen Rechtssetzungen, die auf dem Boden eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses sich vollziehen und nur eine Veränderung des letzteren zur unmittelbaren Folge haben.

Wir müssen hierbei allerdings offen zugeben, dass die Grenze zwischen diesen drei Gruppen nicht immer scharf zu ziehen ist. Einmal kommt es sehr häufig vor, dass die Entstehung eines gewissen neuen Rechtsverhältnisses notwendig auch die Auflösung eines bisher vorhandenen in sich schliesst; anderseits ist es — aus den schon in § 20, Nr. 4 und 5 dargelegten Gründen — bisweilen kaum möglich, mit völliger Sicherheit zu sagen, ob eine Verbindung von Auflösung und Neubildung der vorgedachten Art oder vielmehr eine blosse Veränderung des bisher bestehenden Rechtsverhältnisses vorliegt. Allein die zuletzt berührte Schwierig-

---

Zusammentreffen von anormaler und normaler Rechtsbildung an ein und demselben Punkte überhaupt nichts wissen will und schlechtweg die originäre Geltung betont, auch wohin diese gar nicht reicht.... Eine ähnliche doppelte Geltung, auf Grund einer zwiefachen Art von Rechtsanerkennung, haben wir allerdings oben (§ 27, Nr. 2) auch für einen grossen Teil des durch normale Rechtssetzung entstandenen Rechts konstatieren können. Allein hier pflegen wir umgekehrt von der nachträglich hinzugekommenen direkten Anerkennung, wie sie sich in der Bethätigung der gesetzten Rechtsnormen durch die daran sich schliessende Rechtssitte kundgiebt, meistens zu abstrahieren; und dass alle Gesetzesnormen, wie überhaupt alle durch Rechtsgeschäft gesetzten Normen an sich nicht Rechtsnormen erster Ordnung sind, liegt auf der Hand.

keit trifft nur die Beurteilung bestimmter konkreter Thatbestände und beweist darum gar nichts gegen die Berechtigung der gemachten Einteilung an sich. Und bei der wirklichen Verbindung von Auflösung und Neubildung erscheint zwar an und für sich die gleichzeitige Subsumtion unter beide Gruppen geboten, aber es ist doch zugleich das Interesse an der einen oder der anderen Seite des in Frage befangenen rechtlichen Vorganges regelmässig so überwiegend, dass sich danach die Behandlung unter der einen oder anderen Gruppe von selbst ergiebt. Jedenfalls genügt die Einteilung, um einen Überblick über die hervorragendsten Formen anormaler Rechtssetzung zu gewinnen.

3. Wenden wir uns zu der ersten vorerwähnten Form normaler Rechtssetzung, so liegt es nahe, an die Anfänge aller Gesellschaftsbildung überhaupt zu denken, bei denen es sich — sofern diese Gesellschaften als Rechtsgemeinschaften, wenn auch noch so unvollkommener Art, gelten müssen — zweifellos um eine Entstehung von Rechtsnormen erster Ordnung in Verbindung mit der Entstehung von Rechtsverhältnissen erster Ordnung handelt, als deren Inhalt jene Rechtsnormen sich darstellen. Schade nur, dass diese Anfänge naturgemäss in ein solches Dunkel gehüllt sind, dass darüber immer die allerverschiedensten Ansichten im Schwange gehen werden. Seit dem Aufkommen der historischen Rechtsschule war es üblich, die frühesten Rechtsbildungen allgemein als mehr oder weniger unbewusste Gewohnheitsrechtsbildungen zu betrachten; in jüngster Zeit ist umgekehrt von sehr beachtenswerter Seite die völlig entgegengesetzte Meinung wieder vertreten worden, dass das Recht nirgends und niemals auf ein „unbewusstes Werden", sondern vielmehr überall auf „bewusstes Machen" zurückzuführen sei, und dass „der Schein des Werdens nur darauf beruhe, dass uns der Einblick in das Machen in vielen Fällen versagt ist".[5]) Auch bei unseren

[5]) In dieser Allgemeinheit und Schroffheit dürfte allerdings der im Texte citierte Ausspruch Ihering's (Entwickelungsgeschichte des röm. Rechts, S. 28) sicherlich falsch sein. Es giebt Rechtsnormen — und zwar gehören hierhin vor allem die am allgemeinsten lautenden —, bei denen eine Entstehung durch bewusste Rechtssetzung völlig unfassbar erscheint. Man denke nur beispielsweise an den Inhalt der ursprünglichsten väterlichen Gewalt. Mag man auch

Soziologen von Fach wird man vergeblich nach sichereren Aufschlüssen suchen. Wie weit gehen deren Anschauungen noch über den Charakter der frühesten Staatenbildungen auseinander! Und doch sind dies — nach ihrer eigenen übereinstimmenden Annahme — erst Vorgänge von verhältnismässig spätem Datum, während die Anfänge der Rechtsbildung in unserm Sinne, wie sie auch schon den „Vorstufen der Staatsgemeinschaft", den Horden und Stämmen nicht abgesprochen werden können, noch viel weiter zurückliegen. Nehmen wir alles in allem, so wird sich schliesslich

allenfalls die Ausübung derselben auf bewusste Entschliessung aus Zweckmässigkeitsgründen zurückführen, die Voraussetzung, dass der Vater hierzu berechtigt und umgekehrt die andern Hausgenossen ihm zum Gehorsam verpflichtet seien, ist für diese ursprünglichsten Ausübungshandlungen sicherlich nicht auf bewusste Anordnung oder Vereinbarung zurückzuführen; und doch wird erst unter jener Voraussetzung das bewusste Handeln zu einem Handeln von rechtlichem Charakter. Ebenso steht es mit den Rechtsgrundsätzen, nach welchen Verträge von bestimmter Form oder von bestimmtem Inhalt rechtlich bindend sein sollen; nimmt man nicht an, — und dies ist jedenfalls höchst unwahrscheinlich, — dass diese Grundsätze sämtlich erst durch eine staatliche Gesetzgebung eingeführt sind, so kann jeder derartige Rechtsgrundsatz nur als ein bei den ursprünglichsten Vertragsakten der fraglichen Art vorausgesetzter gedacht werden, wie er zunächst durch die mehr oder weniger unbewusste Anerkennung der bindenden Kraft der Selbstverpflichtung seitens der ersten Paciszenten, nicht aber durch deren zweckbewusste Setzung aufgekommen, und dann durch fortgesetzte Verbreitung und Übung zu immer allgemeinerer Anerkennung gelangt ist. Jedenfalls ist von dem Ihering'schen Standpunkte aus von einer Gewohnheitsrechtsbildung, die mehr als blosse Bezeugung schon vorhandenen und zwar vorher gesetzten Rechts wäre, also überhaupt von der Gewohnheit als einem rechtsbildenden Faktor, — auch in dem Sinne, in welchem wir dies in § 27, Nr. 4 für einen Teil der Rechtssitte zugestanden haben, — gar nicht mehr zu reden. Konsequenterweise würde also auch jedes derogatorische Gewohnheitsrecht, insbesondere auch in der Form einer auf Irrtum beruhenden Usual-Interpretation, ja sogar die Aufhebung der Rechtsnormen durch einfache Desuetudo schlechterdings zu verneinen sein. Lauter Dinge, die sich mit einer unbefangenen Betrachtung des wirklichen Rechtslebens und insbesondere der Rechtsgeschichte schwer vereinigen lassen. Dagegen wird man zugeben müssen, dass in dem Ihering'schen Ausspruche eine teilweise berechtigte Reaktion liegt gegenüber einer Auffassung, die nicht nur die bewussten Vorgänge, welche bei jeder Gewohnheitsrechtsbildung ihre Rolle spielen, übersieht, sondern selbst das ausdrücklich gesetzte Recht wesentlich als blosse Formulierung des bereits in der Gewohnheit vorhandenen hinstellen möchte.

immer nur dasselbe Resultat ergeben, das wir bereits wiederholt konstatiert haben: Ein Gesellschaftswesen, und wäre es noch so einfach und primitiv, kann — mindestens nach unserer geschichtlichen Erfahrung — ohne irgendwelches Recht ebensowenig gedacht werden, als ohne irgendwelche gemeinsame Sprache.[6]) Aber wie

[6]) Belege hierfür habe ich schon früher (insbesondere Kritik I, S. 84 f., 87—93) gegeben. Ich habe dort u. a. darauf hingewiesen, dass auch der einfachste Vermögensverkehr undenkbar sei ohne die Anerkennung gewisser Rechtsgeschäftsformen, wie Schenkung und Tausch, sowie ohne die Voraussetzung eines wenn auch noch so primitiven Sachenrechts; desgleichen jeder friedliche persönliche Verkehr undenkbar ohne die Anerkennung irgendwelcher Normen für das Verhalten der also Verkehrenden untereinander. Ich habe insbesondere auch betont, dass von einem Familienverhältnisse, obgleich gerade dieses als die rein natürliche Grundlage des Volkes und der bürgerlichen Gesellschaft betrachtet zu werden pflegt, immer nur unter der Voraussetzung irgendwelcher, das Zusammenleben in der Familie regelnden Normen, d. h. unter der Voraussetzung bestimmter Rechtsnormen in unserm Sinne die Rede sein könne. . . Der Sache nach fast ganz übereinstimmend — übrigens, wie es scheint, ohne meine Ausführungen zu kennen — hat sich neuerdings Stammler in seinen umfassenden Untersuchungen über das entscheidende Merkmal des Gesellschaftsbegriffs (Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Auffassung, S. 83 ff.) geäussert. Wenn er daselbst (S. 108) „soziales Leben" definiert als „ein durch äusserlich verbindende Normen geregeltes Zusammenleben von Menschen", so entspricht dies im Grunde vollständig der von uns vertretenen Anschauung. Gern entnehme ich auch seiner Darstellung den Hinweis (a. a. O. S. 648, Anm. 44), dass „alle gelegentlichen Angaben von Reisenden über rechtlos oder gar überhaupt unsozial lebende Menschen sich stets als Irrtum erwiesen haben". Ja, sogar der Unterschied zwischen Rechtsregeln und Konventionalregeln, wie ihn Stammler (S. 125) macht, ist mir nicht durchaus fremd; im Gegenteil, ich habe eine ähnliche Unterscheidung bereits in meiner Abhandlung über „das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht" (Zeitschr. f. Kirchenrecht Bd. XIII, S. 268—270) gemacht und in meinen späteren Ausführungen über Sitten, die nicht als Rechtssitte anzusehen sind, teils wiederholt, teils wenigstens vorausgesetzt. Ein erheblicher Differenzpunkt zwischen Stammler und mir besteht hier allerdings. Stammler behauptet, dass Rechte und Pflichten nach dem Sinne der Regel selbst sowohl der Konventionalregel wie der Rechtsregel entsprechen und dass der wahre Unterschied dieser beiden Arten von Regeln darin bestehe, dass die Rechtsregel als Zwangsgebot gedacht, die Konventionalregel dagegen nach ihrem eigenen Sinne lediglich hypothetisch, d. h. zufolge der Einwilligung des Unterstellten gelte. Nach unserer Anschauung dagegen sind Rechtsregeln schlechthin alle anerkannten und darum in Geltung befindlichen Gemeinschaftsnormen,

dieses Recht bei einer Menschengemeinschaft der Urzeit beschaffen gewesen oder vollends, wie es da entstanden, das ist wissenschaftlich schlechterdings nicht festzustellen. Und wie die eigentliche Sprachwissenschaft aus gleichem Grunde längst

die nach der ihnen innewohnenden Tendenz den Inhalt von Pflichten und Rechten der Genossen darstellen; und gerade hierin liegt uns auch der begriffliche Unterschied der Rechtsregeln von allen anderen Arten von Regeln, insbesondere auch den Konventionalregeln. Es ist m. E. ein offenbarer Widerspruch, wenn man von Pflichten und Rechten der Gesellschaftsgenossen gegeneinander spricht und dennoch den Normen, die deren Inhalt bestimmen, die Rechtsqualität nicht zuerkennen will. Man kann diesen Widerspruch nicht etwa durch den Einwurf beseitigen, es handle sich ja um ganz verschiedene Arten von Pflichten und Rechten, die einerseits aus den Rechtsregeln, anderseits aus den Konventionalregeln abzuleiten seien; auch die grösste Verschiedenheit der abzuleitenden Pflichten und Rechte führt immer bloss zu einer Unterscheidung innerhalb der ihren Inhalt konstituierenden Rechtsregeln, — nimmermehr aber zu einem Gegensatze zwischen Rechtsregeln und Nicht-Rechtsregeln. Natürlich vermögen auch die von Stammler angeführten Beispiele nichts für das Gegenteil zu beweisen. Wer aus einem „Comment“ oder „Ehrenkodex“ einer bestimmten Gesellschaft wirklich Rechte und Pflichten der zu ihr gehörigen Genossen ableiten zu sollen glaubt, der muss konsequenterweise den ihren Inhalt konstituierenden Regeln den Charakter von Rechtsnormen zuerkennen, — gleichviel, ob diese Regeln mit dem Rechte einer anderen Gemeinschaft, namentlich des Staates, dem jene Gesellschaftsgenossen gleichzeitig angehören, übereinstimmen oder nicht. Denn der an sich richtige Gedanke, dass nicht zwei widersprechende Normen gleichzeitig Recht sein können, gilt schlechterdings bloss innerhalb einer und derselben Rechtsgemeinschaft, keineswegs aber für das Recht zweier verschiedener Gesellschaften; ganz davon zu schweigen, dass der im einzelnen Falle vorliegende Widerspruch auch nicht im mindesten dadurch kleiner wird, dass man die widersprechenden und dennoch gleichzeitig das wirkliche Leben beherrschenden Regeln mit verschiedenen Titeln belegt. Nur versteht sich anderseits von selbst, dass jene Rechtsqualität an und für sich auch niemals über die Grenzen der betreffenden Gesellschaft hinausreicht. Wo und soweit also z. B. der Staat ein solches Gesellschaftsrecht verwirft oder ignoriert, da gilt es innerhalb seines Thätigkeitsbereichs (d. h. des staatlichen) als Nicht-Recht. Es ist daher auch für die Staatsgerichte vollkommen gleichgültig, ob aus jenem Comment oder Ehrenkodex wirklich Rechte und Pflichten von Genossen einer bestimmten Gesellschaft sich ableiten lassen, wie ich oben als möglich angenommen, oder ob nicht diese Ableitung selbst, sei es wegen der Unmöglichkeit, die Gesellschaft mit genügender Bestimmtheit abzugrenzen, sei es wegen mangelnder Allgemeinheit der Anerkennung, sei es aus sonstwelchem Grunde

darauf verzichtet hat, die Ursprache der Menschheit und deren Entstehung zum Gegenstande ihrer Forschungen zu machen, so wird auch die juristische Prinzipienlehre wohl daran thun, von der Erörterung urzeitlicher Verhältnisse von vornherein abzusehen.

---

abgelehnt werden muss. Dass ich nach alledem auch die von Stammler für Rechtsregeln und Konventionalregeln aufgestellten positiven Unterscheidungsmerkmale nicht einfach acceptieren kann, bedarf wohl keiner Bemerkung. Indessen enthalten seine Ausführungen gerade in dieser Beziehung eine so eigentümliche Mischung von teils annehmbaren, teils entschieden zurückzuweisenden Sätzen, dass ich noch wenige Worte hierüber hinzufügen möchte. Was heisst zuvördert „Zwangsgebot"? Und was heisst „gelten lediglich zufolge der Einwilligung des Unterstellten"? Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist Zwangsgebot ein Gebot, hinter welchem irgendwelcher Zwang steht. Wie mannigfache Vorstellungen sich auch dann noch unter dem Worte „Zwang" bergen können, und wie dennoch das also aufgefasste Zwangsmoment niemals als wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffs hingestellt werden darf, haben wir eingehend in § 3, Nr. 16 (Bd. I, S. 48ff.) gezeigt. Allein Stammler meint vielleicht etwas anderes; er erklärt es ausdrücklich als unzulässig, von einer Rechtsregel zu verlangen, dass hinter ihr schlechterdings — begrifflich notwendig — eine thatsächliche Gewalt stehen müsse, und betont wiederholt, dass vielmehr das Wesen der Rechtsregel nur darin bestehe, dass sie „zwingen will" (S. 131f.). Dürften wir hieraus, sowie aus der mehrmals wiederkehrenden Bemerkung, dass der Konventionalregel nur ein hypothetischer Geltungsanspruch zukomme, den Schluss ziehen, dass Zwangsgebot im Sinne Stammler's im Grunde nichts anderes sei, als überhaupt ein ernstlich gemeinter Imperativ im Gegensatz zu einer Regel, die zwar demjenigen, für den sie bestimmt ist, eine bestimmte Weise des Verhaltens nahelegt, aber doch zugleich die freie Entscheidung anheimgiebt, so würden wir uns in voller sachlicher Übereinstimmung mit Stammler befinden. Damit lassen sich aber freilich andere Äusserungen Stammler's ganz und gar nicht vereinigen: so der Nachdruck, den er mehrfach auf die Zulassung freien Austritts statt auf die freie Entscheidung im Moment der Befolgung legt, obgleich der Austritt im Grunde selbst bei Zwangsgemeinschaften niemals als völlig unmöglich bezeichnet werden kann; so die augenscheinliche Verkennung, ja ausdrückliche Leugnung der Thatsache, dass die Geltung der gesamten Rechtsregeln schliesslich auch aus einer allgemeinen, in gewissem Sinne freiwilligen, d. h. nicht ohne eine Mitwirkung des eigenen Willens denkbaren Unterwerfung der Rechtsgenossen erklärt werden muss; so vor allem die späteren Ausführungen über „Recht und Willkür" (S. 487ff.), wo am Ende doch wieder die „Durchsetzung der Rechtsregeln mit Hilfe der Gewalt" — nur unter Wiederholung des selbstverständlichen Prädikats der „Unverletzbarkeit während ihrer Geltung" — als wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffs aufgenommen

Beschränken wir uns demgemäss auf die Betrachtung von solchen Rechts- und Gemeinschaftsbildungen, die sich im vollen Lichte der Geschichte vollzogen haben, so fehlt es freilich auch nicht an Schwierigkeiten mancherlei Art. Auf der einen Seite ist es selbst hier oft kaum möglich, mit Bestimmtheit den Zeitpunkt anzugeben, in welchem eine Gemeinschaft als solche entstanden oder, was nach dem oben Bemerkten wesentlich dasselbe ist, zur Rechtsgemeinschaft in unserem Sinne geworden ist. Man denke nur einmal ernstlich derartigen Fragen nach: Wann sind die ältesten christlichen Gemeinden — als Rechtsgemeinschaften in unserem Sinne — gegründet? Von welchem Momente an ist die Existenz protestantischer Kirchen, insbesondere auch unserer deutschen evangelischen Landeskirchen zu datieren? Ohne eine Antwort auf diese Fragen aber ist es offenbar auch nicht möglich zu entscheiden, ob die grundlegenden Rechtsnormen für die vorgenannten Gemeinschaften auf bewusste Setzung mit unmittelbar nachfolgender Anerkennung seitens der Genossen oder vielmehr auf eine längere Zeit benötigende Gewohnheitsrechtsbildung zurückzuführen sind. Auf der anderen Seite erhebt sich gerade da, wo die Gründung eines Gemeinwesens am augenfälligsten auf bewusster Rechtssetzung beruht, die nicht von der Hand zu weisende Frage: Welche Bedeutung kommt hier dem Umstande zu, dass die Gründer mehr oder weniger unter dem Einflusse von Rechtsanschauungen handeln, die sie aus bereits vorher bestehenden

und andernteils die „freien Genossenschaften“ (in seltsamem Gegensatze zu einigen sogleich noch zu citierenden Sätzen) als bloss unter Konventionalregel stehende Gemeinschaften betrachtet werden. Wie dem indessen auch sein möge, in Bezug auf die uns augenblicklich interessierende, im Texte selbst berührte Frage freue ich mich, unter allen Umständen volle Übereinstimmung zwischen Stammler und mir konstatieren zu können. Sagt doch Stammler am Schlusse seiner Ausführungen über Rechtsregeln und Konventionalregeln (S. 135) ausdrücklich: „In allen uns geschichtlich bekannten sozialen Verhältnissen kommen unsere beiden Klassen äusserer Regelung nicht gleichwertig nebeneinander vor. Wir kennen nur rechtlich geordnete Menschengemeinschaften; und innerhalb dieser in einer nebensächlichen und geduldeten Weise einzelne konventionale Regeln. Dass einmal eine Konventionalgemeinschaft bestanden hätte, in welcher der von uns festgelegte charakteristische Anspruch rechtlicher Sätze gar nicht vorhanden gewesen wäre, davon ist nie etwas zu unserer Kenntnis gelangt.“

Rechtsgemeinschaften, deren Mitglieder sie waren, unwillkürlich mitgebracht haben?

Indessen sind diese Schwierigkeiten im allgemeinen nicht für unüberwindlich zu erachten. Wo freilich die Unbestimmbarkeit des Entstehungszeitpunktes ihren Grund hat in der Mangelhaftigkeit unserer Geschichtsquellen, da liegt die Sache bezüglich der hier uns interessierenden Frage nicht viel günstiger, als bei den Rechtsgemeinschaften der Urzeit. Das will sagen: wir werden regelmässig schon sehr zufrieden sein müssen, wenn wir die Rechtsnormen selbst, welche das Zusammenleben in der fraglichen Rechtsgemeinschaft während ihrer ältesten uns bekannten Periode regeln, einigermaassen feststellen können, während die Art, wie diese Rechtsnormen entstanden sind, d. h. zur Anerkennung durch die Gemeinschaftsgenossen gelangt sind, gänzlich dahingestellt bleibt. Wo dagegen die thatsächlichen Vorgänge bei der Gemeinschaftsbildung genügend klargelegt sind, da muss es auch — mindestens bis zu einem gewissen Grade — möglich sein, den Charakter der Rechtsbildung näher zu bestimmen. Vor allem kann die an zweiter Stelle genannte Schwierigkeit als kein unübersteigliches Hindernis angesehen werden. Sehen wir nämlich näher zu, so kann der Einfluss der aus bereits bestehenden anderen Gemeinschaftsverhältnissen mitgebrachten Rechtsanschauungen für unsere gegenwärtige Erörterung überhaupt nur dann und nur insoweit in Betracht kommen, wenn und soweit die fraglichen, jenen älteren Gemeinschaften angehörigen Rechtsnormen bei der neuen Gemeinschaftsbildung zur Grundlage des Gemeinschaftsverhältnisses gemacht, als den für die neu gegründete Gemeinschaft gesetzten Rechtsnormen superordinierte vorausgesetzt worden sind. Kürzer ausgedrückt: Es kommt für uns bloss darauf an, ob der Akt der Gemeinschaftsgründung — vom Standpunkte der an der Gründung Beteiligten aus betrachtet — als ein Rechtsgeschäft in dem oben § 22 ff. dargelegten Sinne sich darstellt oder nicht. Ist dies zu bejahen, erscheinen also die für die neue Gemeinschaft grundlegenden Normen als irgendwelchen anderen Rechtsnormen subordinierte, so geht uns die darin liegende Rechtsbildung — wie jede andere normale Rechtsbildung — hier nichts an; gleichviel, wie im übrigen der Inhalt der rechtsgeschäftlich gesetzten Normen

beschaffen sein mag. Liegt dagegen kein Rechtsgeschäft vor und ist auch der Gedanke zurückzuweisen, dass die für die zu gründende Gemeinschaft gesetzten Normen erst im Laufe der Jahre durch allmähliche Gewohnheitsbildung zu Rechtsnormen geworden sind, so ist offenbar ein Fall anormaler Rechtssetzung gegeben, sollte auch der Inhalt der gesetzten Rechtsnormen ganz oder teilweise bereits bestehenden Rechtsnormen anderer Gemeinschaften nachgebildet sein.

In der That gehört nur ein flüchtiger Blick auf die Geschichte der Staatengründungen dazu, um zahlreiche Beispiele für alle möglichen Arten solcher anormalen Rechtssetzungen zu gewinnen. Schon allein unser 19. Jahrhundert bietet uns einige besonders charakteristische dar.

Vor allem denken wir hier an die Gründung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches. Es versteht sich von selbst, dass diese zwiefache Entstehungsgeschichte eine ganze Reihe von Vorgängen in sich begreift, die nicht bloss als Rechtssetzungsakte, sondern auch speziell als Rechtsgeschäfte angesehen werden müssen. So sind die Bündnisverträge vom 18. August 1866 nebst den nachfolgenden Anschlussverträgen, gerichtet auf die Herstellung eines Bundes der norddeutschen Staaten, ebenso wie die Verträge zwischen dem norddeutschen Bunde und den süddeutschen Staaten über die Erweiterung des ersteren bezw. Umwandlung in ein deutsches Reich, zweifellos Rechtsgeschäfte des Völkerrechts; so die in Erfüllung der übernommenen Vertragspflicht in den einzelnen Ländern ergangenen Wahlgesetze zu dem vorberatenden norddeutschen Reichstage, sowie die seitens der einzelnen Bundesstaaten bezw. nach Genehmigung durch die Landtage vorgenommene Publikation der Bundesverfassung zweifellos Rechtsgeschäfte des bezüglichen Landesstaatsrechts. Allein dass aus irgend einem solchen Rechtsgeschäfte oder auch aus allen zusammen die Gültigkeit der gesamten Bundesverfassung als solcher — nach ihrem vollen Inhalt und Charakter — und ebenso später die Gültigkeit der deutschen Reichsverfassung als solcher abgeleitet werden könne, ist entschieden zu bestreiten. Wer es freilich fertig bringt, das deutsche Reich als einen blossen Staatenbund, als ein blosses völkerrechtliches Verhältnis der verschiedenen deutschen Bundesstaaten unterein-

ander zu konstruieren, der mag auch die landesgesetzliche Sanktion der Reichsverfassung als zureichenden Grund für die Geltung derselben innerhalb der einzelnen Bundesstaaten ansehen. Er möge dann aber auch konsequent sein und offen aussprechen, dass der Art. 2 der Reichsverfassung, nach welchem Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, bezüglich seiner Geltung innerhalb der einzelnen Bundesstaaten ebenfalls nur auf landesgesetzlicher Anerkennung beruhe, also auch durch Landesgesetz aufgehoben werden könne, und dass folgerichtig die Gerichte der Einzelstaaten, wie überhaupt alle Unterthanen derselben, der gedachten Bestimmung der Reichsverfassung überall da nicht Folge zu leisten haben, wo ein neueres Landesgesetz bewusster Weise der Reichsgesetzgebung zuwiderlaufende Vorschriften aufstellt. Will man dagegen solche Konsequenzen nicht ziehen, weil sie sowohl dem Geiste, wie dem Wortlaute der Reichsverfassung selbst, und nicht minder unserm ganzen deutschen Volksbewusstsein zuwider sind, so muss man auch den Gedanken aufgeben, die Geltung der Reichsverfassung für die einzelnen Reichsgenossen auf die für sie bereits vor der Verfassung verbindlich gewesene Landesgesetzgebung gründen zu können. Nicht besser steht es um den Versuch, die Verfassung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches — unter ausdrücklicher Anerkennung ihrer bundesstaatlichen Natur — ausschliesslich aus der Vereinbarung der einzelnen deutschen Staaten oder, genauer gesagt, der Regierungen dieser Staaten mit nachfolgender Genehmigung der Landesvertretungen und der entsprechenden Publikation als Vertrag hervorgehen zu lassen. Es muss schon sehr zweifelhaft erscheinen, ob die genannten Staatsorgane der Einzelstaaten als solche landesverfassungsmässig befugt waren, einen Vertrag abzuschliessen, der die betreffenden Einzelstaaten einer völlig neuen, höheren Staatsgewalt unterwarf. Wie man aber darüber auch denken mag, jedenfalls entstanden aus einem solchen Vertrage an sich bloss vertragsmässige Ansprüche und Pflichten von Staat zu Staat auf Herstellung einer solchen Gewalt; eine unmittelbare Verpflichtung der Bevölkerung der Einzelstaaten gegenüber der herzustellenden Centralgewalt ergab sich daraus noch nicht. Auch aus der Publikation in dem mit der Verfassung zugleich ins Leben gerufenen Bundesgesetzblatte ist eine

solche natürlich nicht abzuleiten; denn die Gültigkeit der Publikation im Bundesgesetzblatt hat ja gerade die Geltung der Verfassung — und zwar nicht bloss für die Einzelstaaten im ganzen, sondern unmittelbar für die gesamte Bevölkerung des Bundes bezw. Reiches — zur notwendigen Voraussetzung. Die Publikation in den Gesetzblättern der Einzelstaaten dagegen konnte zu der Geltung der Verfassung als Vertrag von Staat zu Staat immer bloss die Erhebung zum Landesgesetz hinzufügen; und dass dies nicht ausreicht, um die Geltung der Bundes- und Reichsverfassung als einer bundesstaatlichen oder gesamtstaatlichen zu motivieren, haben wir schon zur Genüge gesehen. Eher mag es erlaubt sein, den oben in § 23, Nr. 3 berührten Begriff des Gesamtaktes auf die Gründung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches in Anwendung zu bringen, mit der Maassgabe, dass die thatsächlich erfolgten Vereinbarungen zwischen den Bundesregierungen, sowie die sonst erwähnten einzelstaatlichen Rechtsakte nur als unentbehrliche Stücke dieses Gesamtaktes anzusehen sind. Allein ganz abgesehen von den Bedenken, die wir gegen die Einführung eines besonderen technischen Begriffs von „Gesamtakt“ überhaupt haben, kann es doch keinem Zweifel unterliegen, dass der vorliegende Fall uns kein Beispiel eines normalen, d. h. als wahres Rechtsgeschäft sich darstellenden Gesamtaktes darbietet. Denn die im Jahre 1866 in Geltung befindlichen Landesrechte enthielten eben schlechterdings keine Rechtsnormen, in welchen derartige Gesamtakte als rechtlich verbindliche Geschäfte vorgesehen gewesen wären. Erst die norddeutsche Bundesverfassung selbst hat in ihrem Art. 79 eine Norm formuliert, durch welche ein derartiger Akt für die Zukunft, allerdings nur speziell für die Erweiterung des Bundes durch Aufnahme der süddeutschen Staaten, im voraus sanktioniert wurde. Und ebendarum bleibt m. E. nichts anderes übrig, als offen zuzugeben, dass die Gründung des norddeutschen Bundes — und ebenso die des deutschen Reiches, soweit es sich bei letzterer um die süddeutschen Staaten handelt, — nur als eine Art anormaler Rechtssetzung zu begreifen ist, deren rechtliche Wirksamkeit oder Geltung auf die unmittelbare Anerkennung der gesamten Bevölkerung des dadurch konstituierten höheren Gemeinwesens zurückgeführt werden muss. Wohl hat sich die Rechtssetzung selbst in Formen vollzogen,

die nach einer bestimmten Richtung hin als rechtsgeschäftliche — teils vom Standpunkte des Völkerrechts, teils von dem des Einzelstaatsrechts aus – erscheinen. Aber der Inhalt der Rechtssetzung reicht über das solchen völkerrechtlichen oder einzelstaatsrechtlichen Rechtsgeschäften ihrer Natur nach gesetzte Maass weit hinaus. Anderseits kann unmöglich angenommen werden, dass die deshalb notwendige Ergänzung erst durch Gewohnheitsrechtsbildung, also erst nach langer Zeit erfolgt sei. Es ist zwar dieselbe Rechtsanerkennung, die hier wie bei der Gewohnheitsrechtsbildung eingreift; aber es ist keine erst in längerer Übung kundgegebene oder gar erst durch längere thatsächliche Übung vermittelte, sondern eine mehr oder weniger plötzlich, unmittelbar durch den Gang der Ereignisse hervorgerufene und zum Ausdruck gelangte. Ja, es muss sogar die Frage aufgeworfen werden, ob diese Rechtsanerkennung überhaupt in die Zeit nach der Publikation der Verfassung fällt oder nicht vielmehr schon vor dieselbe. Das letztere würde bezüglich der norddeutschen Bundesverfassung zweifellos anzunehmen sein, wenn der ausserordentliche Reichstag im Frühjahr 1867 so, wie es zunächst beabsichtigt war, vollständig als konstituierender, zur endgültigen Vereinbarung und Feststellung der Bundesverfassung berufen worden wäre; die Vornahme der Wahlen zu diesem konstituierenden Reichstage enthielte dann eine völlig deutliche Anerkennung im voraus für die mit ihm vereinbarte Verfassung.[7]) Durch den Vorbehalt der Verfassungs-Genehmigung für die Landtage der Einzelstaaten und die Herabdrückung jenes

[7]) Auf gleichem Wege, nämlich durch ad hoc zusammengetretene konstituierende Generalsynoden, sind u. a. die evangelisch-unierten Landeskirchen von Rheinbayern (1818) und von Baden (1821) begründet worden. In den Wahlen zu diesen ausdrücklich zur Herstellung einer vollständigen Union, d. h. in Wahrheit zur Gründung je einer formell neuen evangelischen Landeskirche an Stelle der bisher getrennt bestehenden lutherischen und reformierten, berufenen Versammlungen lag thatsächlich bereits eine indirekte Anerkennung der aus deren Beratungen hervorgehenden Kirchenverfassungen. Ausdrücklich und positiv erscheint diese Anerkennung freilich bloss bei denjenigen, die sich wirklich an der Wahl beteiligt haben. Aber eine stillschweigende, wenn auch nur passive Anerkennung oder Unterwerfung ist doch auch bei denen anzunehmen, die sich der Wahl enthielten oder die ihnen gegenüber ausgesprochene Versagung des Wahlrechts sich ruhig gefallen liessen.

Reichstages zu einer bloss beratenden Versammlung mag diese Auffassung auf den ersten Anblick in Frage gestellt erscheinen. Bei näherer Betrachtung indessen wird man auch hier die Thatsache einer gewissen vorausgehenden Anerkennung für alles von dem gewählten Reichstage innerhalb der ihm zugeschriebenen Kompetenz Gebilligte nicht verneinen dürfen; nur dass diese Anerkennung zunächst eine noch bedingte war, — bedingt nämlich durch die vorbehaltene Zustimmung der verfassungsmässigen Gesetzgebungsorgane der Einzelstaaten. Etwas anders liegt die Sache bei der Umwandlung der norddeutschen Bundesverfassung in eine deutsche Reichsverfassung. Für den norddeutschen Bund enthielt bereits der Art. 79 der Bundesverfassung einen ganz bestimmten Hinweis auf die durch den Hinzutritt der süddeutschen Staaten erweiterte Verfassung; die Anerkennung der Reichsverfassung war also insoweit schon durch die Anerkennung der norddeutschen Bundesverfassung in ganz der gleichen Weise gegeben, wie für jede andere verfassungsmässige Änderung der letzteren. In den süddeutschen Staaten dagegen fand umgekehrt die thatsächliche Anerkennung der Reichsverfassung seitens der gesamten Bevölkerung ihren ersten charakteristischen Ausdruck in den Wahlen zum ersten ordentlichen Reichstage auf Grund der zwischen ihren Regierungen und dem norddeutschen Bunde vereinbarten und in den entsprechenden Gesetzblättern publizierten deutschen Bundes- bezw. Reichsverfassung.

Verwandte Beobachtungen werden sich schliesslich bei der Gründung jedes zusammengesetzten Staates machen lassen. Wesentlich dasselbe gilt aber m. E. auch von Einheitsstaaten, deren Bildung sich im vollen Lichte der Geschichte vollzogen hat. Ich will hier nur, um innerhalb unseres Jahrhunderts zu bleiben, an die Begründung der Neger-Republik Liberia erinnern. Auch hier treten uns als vorbereitende Akte Rechtshandlungen entgegen, die — mindestens von einem bestimmten Gesichtspunkte aus angesehen — zweifellos Rechtsgeschäfte sind. So die Konstituierung der amerikanischen Kolonisationsgesellschaft für Afrika (1816) vom Standpunkte des amerikanischen Gesellschaftsrechts bezw. Staatsrechts aus; so die Kaufverträge zwischen dieser Gesellschaft oder den von ihr ausgeschickten Kolonisten und den afrikanischen

Häuptlingen vom Gesichtspunkte des hierbei von den Paciszenten vorausgesetzten Völkerrechts oder Vertragsrechts aus. Dagegen ist die Einführung des Grundgesetzes von 1839 kein wahres Rechtsgeschäft; es ist unmöglich, zumal nach der inzwischen erfolgten Entwickelung der Kolonie, die Kolonialbevölkerung als von vornherein rechtlich verpflichtet zu erklären, das von dem ihr gesandten Gouverneur Th. Buchanan mitgebrachte Grundgesetz ohne weiteres zu beobachten, und thatsächlich ist dasselbe auch wirklich erst in Kraft getreten nach erfolgter Annahme und entsprechender Leistung des Gehorsamseids. Und ebenso hat die Erhebung der Kolonie zu einem souveränen Staatswesen nicht vollzogen werden können durch ein blosses Rechtsgeschäft. Die Unabhängigkeitserklärung vom 8. Juli 1847, wie sie vom Senat der bisherigen Kolonie mit Zustimmung der Kolonisationsgesellschaft erlassen wurde, konnte volle staatsrechtliche Geltung nur erlangen durch die Anerkennung des Volkes, das dadurch staatlich unabhängig werden sollte, — in diesem Falle hauptsächlich bewirkt durch die zur Beratung der Verfassung berufene konstituierende Abgeordnetenversammlung, — gleichwie sie völkerrechtliche Geltung allein erlangen konnte durch die Anerkennung seitens der anderen Staaten.

4. Als zweite Hauptform anormaler Rechtssetzung nannten wir in Nr. 2 die Setzung von aufhebenden Rechtsnormen erster Ordnung, durch welche der Untergang bisher bestehender Rechtsverhältnisse herbeigeführt wird. Sehen wir näher zu, so sind es hauptsächlich wieder zwei Gruppen von Ereignissen, die hierbei in Betracht kommen: auf der einen Seite die Auflösung umfassenderer Rechtsverbände in ihre fortan selbständigen Teile; auf der anderen Seite die Vernichtung und Aufzehrung kleinerer Gemeinwesen, insbesondere Staaten, durch grössere oder doch mächtigere. Halten wir uns auch hier an unser 19. Jahrhundert, so tritt uns als Beispiel der ersteren Art vor allem die Auflösung des alten deutschen Reiches entgegen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass Kaiser Franz II. nicht berechtigt war, eine rechtlich bindende Verfügung des Inhalts zu erlassen, dass das deutsche Reichsverhältnis mit allen darauf bezüglichen Rechtsnormen aufgehoben sein solle. Nicht einmal durch einen Reichstagsbeschluss

hätte er zu einer solchen durchaus ausserhalb des Rahmens der Reichsverfassung liegenden Rechtssetzungshandlung ermächtigt werden können. Dennoch hat jene rechtswidrige Setzung einer das gesamte Reichsrecht als solches aufhebenden Norm offenbare Geltung erlangt durch die hinzutretende — teils mehr oder minder ausdrückliche, teils wenigstens stillschweigende — Anerkennung der dadurch für unabhängig erklärten bisherigen Glieder des Reiches und ihrer Bevölkerungen, sowie nach der völkerrechtlichen Seite hin durch die Anerkennung der auswärtigen Mächte. Und zwar ist diese Anerkennung nicht erst erfolgt im Laufe einer längere Zeit brauchenden Gewohnheitsbildung, sondern in hinreichend erkennbarer Weise — wenn auch in den verschiedensten Formen binnen kürzester Frist.[8])

Hervorragende Beispiele der zweiten Art bilden der Niedergang der Staaten Hannover, Kurhessen, Nassau, Frankfurt durch Eroberung und Aufnahme in den preussischen Staat und das Aufgehen der verschiedenen italienischen Einzelstaaten in das Eine Königreich Italien. Rein äusserlich betrachtet freilich zeigen diese beiden Beispiele ein ziemlich verschiedenes Bild. Wenn wir von der völkerrechtlichen Seite absehen, für welche gleichmässig die Anerkennung der auswärtigen Mächte entscheidend ist, so erscheint als rechtlicher Abschluss der preussischen Annexionen und damit auch erst der Aufhebung der bisherigen Staatsverhältnisse das preussische Gesetz vom 20. September 1866, also eine einseitige Anordnung altpreussischer Staatsorgane. Demgegenüber steht bei dem Aufgehen der italienischen Staaten in das vereinigte Königreich Italien eine Reihe von förmlichen Volksabstimmungen. Dass in den letzteren der Gedanke zum Ausdruck gekommen ist, dass

---

[8]) Ähnliches dürfte auch für die Auflösung des deutschen Bundes zu behaupten sein. Freilich handelt es sich dabei um die Auflösung eines wesentlich bloss völkerrechtlichen Verhältnisses. Aber der deutsche Bund war doch als ein dauerndes, unkündbares Rechtsverhältnis geschaffen, und die von Preussen vollzogene Auflösungserklärung kann daher formell, wie man auch sonst über ihre Motivierung denken mag, immer nur als ein rechtswidriger, an sich rechtlich unwirksamer Akt aufgefasst werden, der erst durch den weiteren Verlauf der Dinge — genauer durch die hierin zum Durchbruch kommende allgemeine, wenn auch zunächst grossenteils nur widerwillige und erzwungene Anerkennung — rechtliche Geltung erlangt hat.

eine Aufhebung des alten staatlichen Rechtsbestandes zu Gunsten eines neuen nicht ohne die Zustimmung der bisherigen Staatsgenossen erfolgen soll, wird sich nicht leugnen lassen. Allein der hierdurch gegebene Unterschied zwischen den beiden uns vorliegenden Fällen verringert sich in dem Maasse, als man in das Wesen der Sache eindringt. Auf der einen Seite ist leicht zu erkennen, dass kein Plebiszit als solches uns Aufschluss giebt über die Motive der Zustimmung oder auch nur darüber, ob diese Zustimmung freiwillig oder unter dem Drucke der Gewalt erfolgt ist. Anderseits kann aber auch die rechtliche Eingliederung der Bevölkerung in den von Preussen annektierten Gebieten in das so erweiterte Preussen, ohne deren Rechtsanerkennung, d. h. ohne die thatsächliche Selbst-Unterwerfung unter das Annektierungsgesetz gar nicht gedacht werden. Noch deutlicher würde dies allerdings heraustreten, wenn nach Analogie der seit dem vorigen Jahrhundert mehr und mehr ausgebildeten Grundsätze über ein Optionsrecht der Besiegten den Unterthanen der annektierten Staaten ein freies Auswanderungsrecht innerhalb bestimmter Frist zugestanden worden wäre.[9]) Allein schliesslich ist überhaupt eine wahre „Debellation", wie sie von dem preussischen Annektierungsgesetze vorausgesetzt wird, ohne eine thatsächliche Rechtsanerkennung der Besiegten — soweit letztere nicht getötet oder aus dem eroberten Gebiete hinweggeführt werden — geradezu unmöglich. Man darf nur nicht vergessen, dass es hierbei auf die Gesinnung oder gar auf die Gemütsstimmung, in der eine solche Rechtsanerkennung erfolgt, ganz und gar nicht ankommt. Entscheidend ist einzig die Thatsache der Selbst-Unterwerfung als solcher, — die Thatsache, dass die Bevölkerung den für sie getroffenen Rechtsanordnungen sich gefügt hat. Denn nur wer gegen eine ihn treffende Anordnung ankämpft oder sich sonst ihrem Einflusse zu entziehen vermag, darf behaupten, sich ihr nicht unterworfen zu haben; wer sie thatsächlich beobachtet, — und sei es auch noch so ungern, — der erkennt sie damit auch thatsächlich als für sich gültig an.

---

[9]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Stoerk, Option und Plebiszit bei Eroberungen und Gebietscessionen, S. 150—156.

5. Zum Schluss noch einige Worte über diejenigen anormalen Rechtssetzungen, die innerhalb eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses sich vollziehen und demgemäss nur eine Veränderung des letzteren zur unmittelbaren Folge haben.

Die beiden Hauptarten dieser dritten Form anormaler Rechtssetzung haben wir schon im Eingange dieses Abschnittes kurz bezeichnet: Oktroyierung und Revolution. Ich lege nicht allzu grosses Gewicht auf diese Unterscheidung. Wenn man indessen neuerdings öfters behauptet hat, die Oktroyierung sei nur eine Art der Revolution, so vermag ich mich dem nicht anzuschliessen. Als politisches Schlagwort mag ja der Ausdruck „Revolution von oben“ ganz verständlich und gelegentlich zweckmässig erscheinen; aber in Wahrheit werden damit doch die Dinge auf den Kopf gestellt. Dem natürlichen Sprachgefühle, wie dem bisherigen gemeinen Sprachgebrauche ist „Revolution“ immer nur die Abwälzung einer zu Recht bestehenden Gewalt seitens der Gewalt-Unterworfenen, sei es unter gleichzeitiger Konstituierung einer neuen Gewalt, sei es bloss zum Zwecke der Durchsetzung gewisser anderer Rechtsnormen bei sonst fortdauernder Anerkennung der bisherigen Verfassung. Umgekehrt verstehen wir unter „Oktroyierung“ die Aufdrängung von Rechtsnormen seitens einer an sich verfassungsmässig bestehenden und auch im allgemeinen zum Erlass von rechtlichen Anordnungen berufenen Gewalt.[10]) Mit dem Worte „Aufdrängung“ ist allerdings zugleich ausgesprochen, dass es Anordnungen sind, die über eine bestimmte, jener Gewalt durch die Verfassung gezogene Grenze hinausgehen. Allein dass eine solche Gewalt-Überschreitung nicht auf dieselbe Linie zu stellen ist mit der Anmaassung einer Gewalt seitens solcher, die bisher überhaupt dieser Gewalt entbehrten, tritt am deutlichsten da hervor, wo eine Verfassung selbst, wie die preussische in Art. 106, den oktroyierten Gesetzen oder Verordnungen — trotz

---

[10]) Hieraus folgt von selbst, dass „Oktroyierung“ keineswegs identisch ist mit „Staatsstreich“. Im Gegenteil: gerade diejenigen Fälle, in denen wir vorzugsweise den Ausdruck „Staatsstreich“ gebrauchen, wie vor allem die Usurpation einer mehr oder weniger monarchischen oder diktatorischen Gewalt seitens gewisser bisher republikanischer Machthaber, fällt auch nach unserer Begriffsbestimmung im Texte unter den Begriff der „Revolution“.

ihrer Verfassungswidrigkeit — rechtsverbindliche Kraft zuspricht. Natürlich können Oktroyierungen von dieser Art für unsere gegenwärtige Betrachtung nicht weiter in Frage kommen; denn sie fallen eben, trotz des ihnen anhaftenden Mangels, noch unter unseren Begriff des Rechtsgeschäfts (vergl. § 21, Nr. 2 und 14, § 26, Nr. 3). Aber dass überhaupt solche Verfassungsbestimmungen vorkommen, ist ein sprechender Beleg für die wesentliche Verschiedenheit von Oktroyierung und Revolution; eine Verfassungsvorschrift, die eine in bestimmter Form erfolgende revolutionäre Rechtssetzung von vornherein für rechtsverbindlich erklären wollte, wäre gleichbedeutend mit Proklamierung vollständiger Anarchie.

Bei alledem darf freilich ebensowenig übersehen werden, was der Oktroyierung wirklich mit der Revolution gemeinsam ist. Ja, für die vorliegende Untersuchung ist dieses Gemeinsame offenbar in den Vordergrund zu rücken. Und zwar ist es hauptsächlich zweierlei, was in dieser Beziehung unsere Aufmerksamkeit verdient.

Fürs erste kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nicht bloss die Revolution, sondern auch die Oktroyierung unter allen Umständen ein Rechtsbruch ist. Dies gilt sogar von den Fällen, in welchen ausnahmsweise die Oktroyierung formell ein gültiges Rechtsgeschäft darstellt. Auch lässt sich keineswegs behaupten, dass das Urteil der Geschichte oder speziell der Ethik über einen Rechtsbruch irgendwie an die Subsumtion unter die eine oder die andere der beiden Kategorien geknüpft sei. Es giebt Revolutionen, die als historisch und selbst als sittlich notwendige bezeichnet werden müssen; kein Protestant z. B. wird darüber im Zweifel sein können, dass er die Reformation des 16. Jahrhunderts hierhin zu rechnen hat. Und auf der anderen Seite fehlt es nicht an Oktroyierungen, die auf sittlich durchaus verwerflichen Motiven beruhen.

Zum zweiten ist klar, — und dies ist für unsere jetzige Erörterung die Hauptsache, — dass, abgesehen von jenen Ausnahmefällen, in denen eine Verfassung der Oktroyierung von vornherein die formelle Gültigkeit sichert, jede oktroyierte Rechtsnorm genau ebenso erst durch eine nachträgliche Anerkennung der Rechtsgenossen zu einer wahren rechtlichen Geltung gelangen kann, wie irgendwelche revolutionäre Rechtssetzung. Im Grunde genommen

hat das auch schon die bisherige Doktrin zugestanden, indem sie alle solche durch usurpatorische oder revolutionäre Akte hervorgerufene Rechtsbestände kurzer Hand auf das „fait accompli“ gründet. Denn von einer „vollendeten That“ kann bei einer Rechtssetzungshandlung immer nur dann die Rede sein, wenn die Normensetzung ihr Ziel erreicht, d. h. die erstrebte Geltung erlangt hat. Dazu kann aber niemals ein von einzelnen bevorrechtigten Subjekten oder von einer grösseren Zahl von Gemeinschaftsgenossen unternommener Gewaltakt, niemals die bloss von einem Teile der Rechtsgemeinschaft beabsichtigte Rechtssetzung genügen, sondern immer nur die allgemeine Anerkennung der gesetzten Normen als Rechtsnormen des Gemeinschaftslebens. Nur durch die hinzutretende Anerkennung der Gesamtheit erlangt die gewaltsam gesetzte Norm ihre wahrhaft rechtliche Geltung; nur durch sie wird die Rechtssetzung zur „vollendeten That“.

Wieviel Zeit hierzu gehört, lässt sich natürlich nicht allgemeinhin bestimmen. Nur so viel wird man in der That sagen dürfen, dass auch in Fällen, wo der Kampf um das Recht lange hin und her schwankt, die schliessliche Unterwerfung unter das rechtswidrig gesetzte Recht kaum jemals einer wahren Gewohnheitsrechtsbildung verglichen werden kann. Wohl mag nachträglich die zunächst oft bloss widerwillige Rechtsanerkennung zu einer gewohnheitsmässigen werden und dadurch erheblich zur Festigung des neuen Rechtsbestandes beitragen; aber diesen Rechtsbestand erst von dem Zeitpunkte an zu datieren, wo dieser Prozess der Gewohnheitsbildung zum Abschluss gelangt ist, wäre sicherlich nicht gerechtfertigt. So lange der Kampf gegen die usurpatorische oder revolutionäre Normensetzung andauert, — so lange z. B. ein auf Grund eines oktroyierten Wahlgesetzes zu wählender Landtag nur mit Vorbehalt gewählt wird und dann regelmässig nach dem äusserlichen Zusammentritt unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit des Wahlgesetzes wieder auseinander geht, wie dies der kurhessische eine Reihe von Jahren hindurch that, — da kann schlechterdings von keiner Anerkennung des Wahlgesetzes seitens der Staatsgenossen und ebendarum auch nicht von einer entsprechenden Rechtsübung, wie sie bei jedem Gewohnheitsrecht vorausgesetzt werden muss, die Rede sein. Wo dagegen umgekehrt die gesamten

Staatsgenossen dem oktroyierten oder durch revolutionäre Gewaltakte gesetzten Rechtsnormen sich thatsächlich unterwerfen, — die Einen, indem sie jene Normen ohne wirksamen Vorbehalt befolgen, die Andern, indem sie wenigstens jeden Widerstand aufgeben, — da wird der volle Rechtsbestand schon durch diese Unterwerfung selbst hergestellt; der sich hieran anschliessenden Rechtssitte bleibt also keine wesentlich andere Aufgabe als der auf verfassungsmässig gesetztes Recht sich beziehenden Rechtssitte.

6. Die Erörterungen in Nr. 3—5 dürften genügen, um das Wesen anormaler Rechtssetzung und deren drei Hauptformen deutlich zu machen. Neue Erkenntnisse allgemeiner Art haben uns dieselben freilich nicht gebracht. Aber auch eine weitgehende Vermehrung der dabei besprochenen Fälle würde uns in dieser Hinsicht nicht weiter führen; es liegt im Begriff des Anormalen, dass sich darüber keine besonderen Grundsätze aufstellen lassen. Selbstverständlich muss man an jeder anormalen Rechtssetzung ein Doppeltes nachweisen können: zum ersten, was aus dem Begriff der Rechtssetzung überhaupt sich ergiebt und darum allen Arten von Rechtssetzung gemeinsam ist; zum zweiten, was die anormale Rechtssetzung von der normalen unterscheidet. Allein das erstere ist eben nichts der anormalen Rechtssetzung Eigentümliches. Und der an zweiter Stelle erwähnte Unterschied ist schliesslich immer nur negativ zu bestimmen: Anormale Rechtssetzung ist schlechthin alles, was nicht normale Rechtssetzung, aber dennoch nach Zweck und Resultat wahre Rechtssetzung ist, d. h. eine Setzung von Normen, die einerseits nach der Intention der Setzenden, anderseits um der ihnen zu teil gewordenen Anerkennung der betreffenden Gemeinschaftsgenossen willen als Rechtsnormen gelten müssen. Eine nähere positive Bestimmung ist unmöglich. Auch eine erschöpfende Klassifikation der verschiedenen Arten anormaler Rechtssetzung — über die durch die notwendige Beziehung zwischen Rechtsverhältnissen und Rechtsnormen gegebene Unterscheidung der drei Hauptarten hinaus — verbietet sich von selbst.

Dagegen ist es vielleicht nicht überflüssig, einem Missverständnisse vorzubeugen, das möglicherweise aus unseren letzten Betrachtungen entstehen könnte. Fast alle Beispiele, die wir in

Nr. 3—5 vorgeführt haben, sind der Staatengeschichte entnommen; nur der Gründung von Religionsgesellschaften ist noch beiläufig gedacht worden. Dass ich damit nicht Staaten und Kirchen als die einzigen Rechtsgemeinschaften erster Ordnung und entsprechend nicht die Bildung und Veränderung von Staaten und Kirchen als die einzigen Fälle anormaler Rechtsbildung habe bezeichnen wollen, kann freilich für einen aufmerksamen Leser meines Buches kaum einem Zweifel unterliegen. Vorsichtshalber will ich aber es nochmals ausdrücklich bestätigen. Nach unserer Grundanschauung sind ausser Staaten und Religionsgesellschaften noch sehr verschiedene Rechtsgemeinschaften erster Ordnung denkbar; deren Gründung, Auflösung und Veränderung fällt mithin gleichfalls unter den Begriff der anormalen Rechtsbildung, und soweit diese Vorgänge sich in der Form bewusster einseitiger Normensetzung mit nachfolgender Genossen-Anerkennung — also nicht auf Grund schon zuvor bestehender superordinierter Rechtsnormen — vollzogen haben, auch speziell unter den Begriff der anormalen Rechtssetzung. Rücksichtlich der etwa anzunehmenden Vorstufen der Staatsgemeinschaften, wie Familie, Horde, Stamm, liegt dies sogar völlig auf der Hand. Aber auch für die Rechtsgeschichte von Völkern und Zeiten, in denen die Machtstellung des Staates noch in der Entwickelung oder, umgekehrt, stark im Verfall begriffen ist, mit Einem Worte wo sie als eine verhältnismässig schwache erscheint, wie z. B. in langen Perioden des Mittelalters, wird man nur dann ein richtiges Verständnis gewinnen, wenn man die zahllosen und bedeutsamen Genossenschafts- und Herrschaftsverhältnisse, die uns hier entgegentreten, nicht als dem Staate schlechthin subordinierte Rechtsverhältnisse, sondern in erster Linie als Rechtsgemeinschaften erster Ordnung ansieht, die ihren rechtlichen Halt zunächst vollständig in sich selbst haben und nur teilweise dem Staate oder, besser gesagt, einer Gewalt, die wir heute als staatliche bezeichnen, untergeordnet erscheinen. Fraglicher mag es sein, ob wir innerhalb eines völlig entwickelten Staatslebens, abgesehen von den Kirchengemeinschaften, noch von anderen Rechtsverhältnissen erster Ordnung und entsprechend bei Begründung derselben von anormaler Rechtssetzung reden dürfen. Zwar gänzlich unmöglich sind solche Rechtsbildungen auch hier nicht. Ja, im Grunde stellt jedes

verbotene Vertragsverhältnis, so lange es von sämtlichen Paciszenten im bewussten Gegensatze wider das Staatsgesetz als bindend anerkannt wird, ein Rechtsverhältnis erster Ordnung dar; mag man nun den Vertrag selbst als anormale Normensetzung oder vielmehr eine ihm superordinierte allgemeinere Norm, nach welcher auch solche Verträge binden sollen, als eine von den Paciszenten — anormaler Weise — gesetzte oder auch schon von lang her anerkannte Norm anzusehen haben. Allein die Rolle, welche solche anormale Rechtssetzungen gleich den aus ihnen hervorgegangenen Rechtsverhältnissen spielen, ist allerdings mit der von Staaten und Religionsgesellschaften kaum zu vergleichen. Nicht darum, weil sie regelmässig nur für einzelne Individuen unmittelbar praktisches Interesse haben. Auch nicht, weil eine Verfolgung der daraus abzuleitenden Rechte vor den Gerichten des Staates der Natur der Sache nach ausgeschlossen erscheint. Diese zwiefache Beschränkung der Rechtswirksamkeit trifft mehr oder weniger auch bei kleineren Religionsgesellschaften zu. Wohl aber besteht ein tiefgreifender Unterschied in den Motiven, welche in den verschiedenen Fällen die Rechtsgenossen zur Rechtsanerkennung veranlassen und in der hierdurch mitbedingten grösseren oder geringeren Beständigkeit der letzteren. In der That können in dieser Hinsicht neben dem voll entwickelten Staate nur die Religionsgemeinschaften sich rühmen, ein selbständiges, festes Fundament ihres Rechts zu besitzen. Nur eine Religion kann oder muss vielmehr, wenn es eine wirklich lebenskräftige Religion ist, ihre Anhänger veranlassen, in prinzipiellen Streitfällen das Martyrium der Unterwerfung unter den Staat vorzuziehen. Alle andern Arten von Rechtsgemeinschaften entbehren eines solchen, mit unbedingter Gewalt, selbst dem Gebot des Staates gegenüber, wirksamen Antriebes; es sei denn, dass das Gefühl grosser, gemeinsamer Schuld, das in seiner dämonischen Macht über die Gemüter in der That eine Art Gegenstück zur Macht der Religion bildet, die Schuldgenossen zum äussersten Zusammenhalten gegen alle Welt bis zur eigenen — innerhalb eines vollkräftigen Staatslebens verhältnismässig rasch eintretenden — Vernichtung drängt.




Stanford Law Library
3 6105 06 130 811 5

